

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Derecho Civil**



**TESIS DOCTORAL**

**El retracto convencional y el retracto voluntario**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Rosa Medina Sánchez**

**Madrid, 2015**

Rd. 89.165

714

EL RETRACTO CONVENCIONAL

Y

EL RETRACTO VOLUNTARIO

ROSA MEDINA SANCHEZ

## PRESENTACION

I.- Tradicionalmente la Doctrina ha mantenido la existencia de dos tipos de derechos reales limitativos de la propiedad, "iura in re aliena": los de disfrute y los de realización del valor.

No obstante, y por influencia de autores alemanes, Doctrina y Jurisprudencia han admitido, aunque no de forma unánime, un tercer tipo: los derechos reales de adquisición. Estos derechos reales encuentran su especificidad en la finalidad para la que son creados: la de adquirir. El titular de un derecho real de adquisición tiene la facultad de adquirir la propiedad de la cosa gravada, con preferencia a cualquier otro.

Los autores que admiten esta categoría distinguen como derechos reales de adquisición -básicamente- el tanteo y el retracto, legal y convencional. Y de forma cada vez más decidida se viene incorporando asimismo el derecho de opción, no obstante ser considerado por un sector de la Doctrina exclusivamente como un derecho de carácter personal, por entender que si fuera derecho real, su acceso al Registro no vendría condicionado al cumplimiento de los requisitos que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige para su inscripción. También la Jurisprudencia se ha inclinado por calificar el derecho de opción como derecho de naturaleza personal que sólo excepcionalmente accede al Registro, cuando se cumpla lo exigido por el citado artículo 14

del Reglamento Hipotecario.

II.- En esta memoria se aborda el estudio de dos tipos de derechos reales de adquisición: uno, el retracto convencional, regulado por el Código Civil, de enorme tradición dentro y fuera de España, y muy estudiado por la Doctrina. Y otro, el retracto voluntario prácticamente olvidado por ésta como consecuencia de un error terminológico (consistente en entender idénticos, aunque con distinto origen el retracto legal y el convencional). Esta coincidencia lógicamente dejaba en el olvido la posibilidad de crear un derecho paralelo al retracto legal, pero de origen voluntario o negocial.

No se aborda por tanto, el estudio del retracto legal, sin perjuicio de las referencias que a él se realizan por tratarse de un derecho paralelo al retracto voluntario, aunque de origen legal.

III.- El retracto convencional, se ha calificado tradicionalmente, sobre todo en base a lo establecido por los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil, como una forma de resolución de la compraventa; y su ejercicio se ha considerado una efectiva retrocesión al estado en que se encontraban las cosas antes de la venta. Esta posición, olvidando la primera fase de la institución, la venta, se centra exclusivamente en la segunda: la retroventa, la vuelta de la cosa al patrimonio de donde salió. Se concibe así el derecho de retracto como un derecho creado por un simple pacto añadido a una compraventa que



la convierte en compraventa especial, y su ejercicio en un modo de resolución.

Y sin embargo, el retracto convencional es algo distinto y, sobre todo, algo más. El retracto convencional es el derecho real de adquisición que faculta a su titular a adquirir el bien que deja de formar parte de su patrimonio por compraventa (que se celebra de forma simultánea a su creación), en determinadas condiciones y durante un plazo de tiempo también determinado.

El derecho de retracto convencional debe crearse necesariamente unido, en sentido contrario, a un contrato de compraventa, porque quien vende con pacto de retro tiene una doble finalidad: obtener una contraprestación por la venta, y simultáneamente reservarse la posibilidad de adquirir en un futuro lo que en ese momento deja de ser de su propiedad.

IV.- Se estudia asimismo en esta memoria el denominado incorrectamente, retracto voluntario o negocial, derecho real de adquisición creado por las partes por el que una de ellas, el titular del derecho, tiene la facultad de adquirir la cosa gravada con este derecho, con preferencia a cualquier otra persona, si el propietario decide enajenarla en las mismas condiciones entregadas por un tercero.

Se configura este derecho como paralelo voluntario del retracto legal, coincidiendo con éste lógicamente en la naturaleza, concepto y estructura, y diferenciándose en el

origen y en las circunstancias que determinan su ejercicio, ya que al ser establecidas por las partes, podrán ser de muy distinta índole.

Coinciden también retracto voluntario y retracto legal, en el error en su denominación, por cuanto ni uno ni otro suponen un retraer, un recuperar. El titular del retracto convencional, al ejercitar su derecho no adquiere la cosa objeto del mismo por primera vez, dicha cosa ya le había pertenecido; por el contrario el titular de un retracto legal o de un retracto voluntario adquiere el objeto de su derecho por primera vez.

V.- Retracto convencional y retracto legal/voluntario son derechos incluidos en la categoría de los derechos reales de adquisición, pero no como tales, sino englobados en dos derechos más amplios: tanteo y opción.

Retracto legal y retracto voluntario son un derecho de tanteo conferido para ser ejercido una vez consumada la compraventa entre el propietario y un tercero; son por ello una segunda fase del derecho de tanteo, que sólo debería ser concedida para los supuestos en los que el tanteante no hubiera podido hacer uso de su derecho por causas a él no imputables, antes de consumarse la compraventa.

El retracto convencional es un específico derecho de opción; el retrayente puede ejercer su derecho en el momento que desee y con independencia de la voluntad del propietario, con la

finalidad -y esa es la especialidad de este derecho de opción- de adquirir lo que previamente ha dejado de pertenecerle.

VI.- A partir de los conceptos de retracto convencional y retracto voluntario, se estudia el modo de su constitución, manteniéndose que ambos son creados por un negocio jurídico en el que las partes regulan las condiciones en que tendrá lugar la compraventa, facultando a una de ellas para exigir de forma unilateral su eficacia.

En el supuesto de retracto convencional, este negocio jurídico ha de ser simultáneo a la compraventa por la que el, en su día, retrayente enajena el bien que desea poder recuperar en el futuro: la facultad de exigir la eficacia del contrato es atribuida con carácter absoluto, al retrayente.

En el retracto voluntario, la facultad de exigir la eficacia del negocio jurídico queda limitada por la necesidad de que se cumplan determinados presupuestos.

VII.- Asimismo se estudian los precedentes del retracto convencional: precedentes que, además, ayudan a explicar la utilización tradicional de este derecho como una forma de préstamo, en ocasiones, incluso burlando las disposiciones existentes contra la usura.

Establecidos el concepto y forma de constitución de ambos derechos, se analizan seguidamente los sujetos intervinientes en

cada uno de ellos -con un detallado estudio de los diferentes supuestos que pueden producirse en función de los grados de capacidad y de los momentos de intervención- así como su objeto, con el estudio de sus caracteres y especialmente con el análisis de los supuestos en los que se modifica el objeto sobre el que se establece el derecho.

Tras ello, y como final del estudio de ambos derechos en el marco del Código Civil, se ha analizado su ejercicio, fijando el momento y forma, la concurrencia de varios derechos reales de adquisición, las transmisiones que lo provocan, los derechos y obligaciones de las partes intervinientes y finalmente, su extinción.

VIII.- Por último, y con el objetivo de obtener una visión completa de estos derechos, se analiza su existencia y regulación en las Compilaciones forales, con especial importancia, la catalana y la navarra.

En cuanto a Cataluña, debe destacarse lo arraigado en las costumbres del denominado derecho de lluir y quitar, derecho similar al retracto convencional, utilizado también con gran frecuencia como medio alternativo al préstamo.

Por lo que se refiere a la Compilación de Derecho Foral de Navarra, es importante destacar que es el único texto legal que, además de reconocer la categoría de los derechos reales de adquisición, hace un análisis preciso y de gran perfección

técnica, incluyendo entre ellos no sólo los tradicionales retracto y tanteo, sino además el derecho de opción, distinguiendo en los tres casos entre origen legal y voluntario, y diferenciando el llamado retracto voluntario del convencional, que, sin embargo, incluye como una forma especial de compraventa.

8

## INTRODUCCION

### I.- CONCEPTO DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION Y SU CARACTERIZACION COMO DERECHOS REALES

#### 1. EN GENERAL

#### 2. DERECHO DE PROPIEDAD COMO DERECHO SUBJETIVO INTEGRADO POR UN CONJUNTO DE FACULTADES. CONSTITUCION DE DERECHOS IN RE ALIENA

#### 3. CONCEPTO Y NATURALEZA DE DERECHO REAL

#### 4. ESTRUCTURA, CARACTERES Y CLASIFICACION DE LOS DERECHOS REALES

#### 5. DERECHOS DE ADQUISICION COMO DERECHOS DE NATURALEZA REAL

6. POSTURA DE LA DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA  
LEGISLACION ESPAÑOLA ANTE LOS DERECHOS REALES DE  
ADQUISICION

II.- ENUMERACION DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION Y  
CONCEPTO DE CADA UNO DE ELLOS

1. REFERENCIA AL CARACTER REAL Y PERSONAL DEL RETRACTO  
DE TANTEO Y OPCION

2. ORIGEN LEGAL Y VOLUNTARIO

A) Postura tradicional.

B) Tanteo convencional.

C) Retracto voluntario.

D) Opción legal.

E) Retroventa legal.

3. CONCEPTO DE OPCION. CARACTER REAL (ARTICULO 14 DEL  
REGLAMENTO HIPOTECARIO)

4. CONCEPTO DE TANTEO

- A) En general.
- B) Conversión del derecho de tanteo en derecho de retracto en función del momento de ejercicio.
- C) Configuración de tanteo y retracto como un sólo derecho.
- D) Supuestos de tanteo legal.

5. CONCEPTO DE RETRACTO

- A) En general.
- B) Derecho real o límite de la propiedad.
- C) Efectos del ejercicio del retracto legal:  
resolución/ subrogación.
- D) Enumeración de las clases de retracto legal.



## 6. CONCLUSION

### III.- DERECHO HISTORICO Y DERECHO COMPARADO

#### 1. DERECHO ROMANO

#### 2. DERECHO GERMANICO

A) En general.

B) Tipos de derecho de preferencia.

#### 3. CODIGO CIVIL FRANCES

#### 4. CODIGO CIVIL ITALIANO

A) En general.

B) Derecho de retroventa.

C) Retractos legales.

D) Derecho de opción.

5. DERECHO ALEMAN

A) En general.

B) Vorkaufsrecht.

C) Widerkaufsrecht.

IV.- PRECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. FUEROS MUNICIPALES

2. FUERO VIEJO DE CASTILLA

3. FUERO REAL

4. LEYES NUEVAS DE ALFONSO X EL SABIO

5. LEYES DE ESTILO

6. LAS PARTIDAS

A) Retracto de común.

B) Retracto convencional.

7. ORDENANZAS REALES DE CASTILLA

A) Ley Sexta.

B) Ley Séptima.

8. LEYES DE TORO

9. NOVISIMA RECOPIACION

10. PROPYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1.851

11. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1.855

## V.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION

### 1. EJERCICIO

A) Nacimiento de los derechos reales de adquisicion

B) Momento de actuación.

C) Enajenación que permiten su ejercicio.

### 2. CADUCIDAD DE LOS DERECHOS DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL

A) En general.

B) Caracteres de caducidad o prescripción.

C) Dies a quo.

D) Cómputo del plazo de caducidad.

### 3. CONCURRENCIA

A) Tipos de concurrencia.

B) Posturas mantenidas ante la colisión de derechos  
reales de adquisición de distinto fundamento.

#### 4. CAUSAS DE EXTINCIÓN

## I.- CONCEPTO DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION Y SU CARACTERIZACION COMO DERECHOS REALES.

### 1. EN GENERAL

Los derechos reales de adquisición son un tipo de derecho real. Tradicionalmente, frente a la propiedad, sólo se han distinguido dos categorías de "iura in re aliena", los de disfrute, entre los que se encuentran el derecho de usufructo, de uso-habitación, de servidumbre, de superficie-vuelo y subsuelo, y los de realización del valor que aglutinan la hipoteca, la prenda y la anticresis (1). Sin embargo, en la actualidad y debido sobre todo a influencias de autores alemanes (2), nuestra doctrina ha aceptado una tercera categoría de estos derechos limitativos de la propiedad, como más adelante se tratará con mayor detalle.

El derecho de propiedad concede a su titular un poder pleno sobre la cosa objeto del mismo: WOLFF (3), en una definición perfecta de este derecho, dice que es "el más extenso derecho de dominio que sobre una cosa permite el ordenamiento jurídico". Sobre él, negocial o legalmente se pueden constituir limitaciones, sustrayendo de su ámbito alguna de sus facultades; dependiendo precisamente de cuál sea la facultad sustraída, se habla de uno u otro derecho real en cosa ajena. Así se distinguen los derechos reales de goce o disfrute que sustraen del

propietario la posesión o disfrute, total o parcial, sobre la cosa, atribuyéndosela al titular de las mismas; los derechos reales de garantía o realización del valor que excluyen del derecho de propiedad la facultad de disposición; y, por último, los derechos reales de adquisición, que, asimismo y como en el caso de los de garantía, limitan la libre disposición al propietario, aunque con fundamento distinto, ya que mientras en los derechos de realización del valor, la facultad dispositiva queda condicionada a que el tercero la utilice para realizar el pago de su crédito, en los de adquisición, se condiciona a que un tercero (en el retracto legal y voluntario y en el tanteo), o el propio titular (en el retracto convencional y en la opción), se decidan a promover la adquisición de la cosa objeto del derecho.

El titular de un derecho real de adquisición tiene como único contenido de su derecho, la posibilidad de adquirir el objeto que está fuera de su patrimonio, convirtiéndose en propietario. Esta posibilidad del titular del derecho de adquisición constituye simultáneamente una limitación para el propietario de la cosa objeto de tal derecho, por cuanto que no podrá elegir libremente quién ha de ser el comprador, ni en ocasiones, cuándo realizar su disposición.

Este derecho de adquirir constitutivo de un derecho real cuyo titular es persona distinta al propietario, limita en consecuencia el poder de éste y en concreto una de las facultades que lo integran, la de disposición. Por tanto, el titular del derecho de propiedad carece del poder de disposición consistente

en "la posibilidad de transmitir, total o parcialmente el derecho de propiedad que se descompone en las facultades:

- de enajenar: transmitir su derecho a otra persona;
- de gravar: constituir un derecho real en su cosa, transmitiendo así a un tercero alguna de las facultades del dominio;
- de transformar o destruir: variar la naturaleza, forma o destino de la cosa o abandonarla o inutilizarla (4).

2. DERECHO DE PROPIEDAD COMO DERECHO SUBJETIVO INTEGRADO POR UN CONJUNTO DE FACULTADES. CONSTITUCION DE DERECHOS REALES IN RE ALIENA.

Para entender realmente lo que supone constituir un derecho subjetivo a partir de una facultad de disposición, es necesario, a su vez partir del derecho de propiedad como derecho subjetivo.

"La propiedad es un derecho subjetivo destinado a realizar los fines económicos de la persona -dicen DIEZ PICAZO y GULLON (5)- y como tal, confiere a su titular un poder respecto a un determinado bien. Este poder concebido para obrar dentro de los límites permitidos tiene un ámbito de señorío independiente y



unitario; independiente en cuanto que es susceptible de existencia aparte, unitario en cuanto que si bien comprende y se manifiesta en distintas facultades, éstas son sólo repercusiones de la potestad global que el derecho subjetivo es. Cabe afirmar por tanto que el derecho subjetivo representa un poder jurídico que habilita a su titular a adoptar una serie de posibilidades de obrar. Cada una de estas posibilidades es una facultad, con lo que cabe decir que el derecho subjetivo está compuesto por un conjunto o haz de facultades unitarias y armónicamente agrupadas".

Tradicionalmente, se ha atribuido a los romanos la definición de la propiedad a través de su contenido, esto es, enumerando las facultades en las que se manifiesta el poder o señorío que le confiere su calidad de derecho subjetivo. En este sentido ULPiano la definía como "plena in re potestas quatenus iuris ratio patitus". BARTOLO posteriormente como "jus de corporali perfecte disponendi nisi legi prohibeatur". Tal atribución a los romanos es, a juicio de FERNANDEZ VILLAVICENCIO, equivocada, por cuanto el Derecho Romano no habló jamás de derechos que formasen el contenido de la propiedad, sólo del contenido de hecho característico de la propiedad. Consecuentemente la definición de "dominum est ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi quatenus iuris ratio patitur" no puede ser calificado como de origen romano (6).

Es SANCHEZ ROMAN el autor español que más exhaustivamente ha intentado configurar la lista de las facultades que integran el

derecho de propiedad (7); el problema se plantea al comprobarse que estas facultades, primero, no eran caracterizadoras del derecho de propiedad, dado que de igual modo calificaban otros derechos subjetivos; y segundo, ni siquiera eran suficientes, al aparecer siempre otras además de las enumeradas. Esto sin contar con la dificultad que suponía el hecho de que, sustraída una de las facultades, persistiera el derecho. Todo ello llevó a la doctrina (8) a formular una definición distinta y abstracta del derecho de propiedad, poniendo de relieve que no es una suma de facultades sino un poder unitario, un señorío general del que "las facultades del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad, sino que son sólo aspectos parciales del señorío total que ésta es. El tener todas esas facultades no es causa de que sea propietario sino consecuencia de serlo (9).

CLEMENTE DE DIEGO (10) afirma que el dominio es un derecho patrimonial privado, absoluto e ilimitado, excluyente y exclusivo aunque no se sustraiga a las legítimas restricciones de la ley o del derecho de terceros; como unidad, prosigue, tiene existencia distinta a la de sus facultades, las cuales residen en él siempre virtualmente aunque su ejercicio corresponda a otras personas; las facultades no son sino derivaciones o consecuencias del dominio, son posterius con respecto a él.

Se trata del poder más amplio que puede tener una persona sobre una cosa, manifestado a través de distintas facultades, teniendo en cuenta que éstas no son sino contenido de un derecho

subjetivo independiente y por tanto existente aun sin la existencia de esas facultades, el propietario tiene esas posibilidades de actuar porque es propietario y no a la inversa: ser propietario porque se tienen unas facultades.

Las facultades no son sino el contenido del derecho de propiedad, al limitarse éste mediante la sustracción de las mismas, el derecho permanece inalterado, aunque limitado. Esas facultades simultáneamente configuran otros derechos reales limitativos de la propiedad y a la vez limitados por no consistir sino en esa facultad sustraída. Cuando esas facultades sustraídas adquieren autonomía, independencia, existencia por sí mismas y no por su pertenencia a un derecho subjetivo, constituyen otros derechos subjetivos, esta vez reales en cosa ajena.

Esto, que es aceptado unánimemente en cuanto a la facultad de goce y disfrute, no es entendido para la de disposición. Autores como THON, CHIOVENDA, BARASSI, PLANIOL, FERNANDEZ VILLAVICENCIO, (11) sostienen la imposibilidad de configurar la facultad de disposición como contenido del derecho de propiedad, sería tanto como "consagrar la teoría de la autolocomoción de los derechos; el derecho entrañaría el principio de su vida y de su muerte, y el principio de contradicción no se detiene en el camino" (12), lo que transmite no puede ser transmitido. Para FERNANDEZ VILLAVICENCIO (13) la facultad de disposición no puede ser tomada en el mismo plano que el resto de las que configuran el poder de propiedad y ello porque su naturaleza es distinta, tiene una función jurídica, es decir, está destinada a realizar actos

jurídicos que tienen una eficacia en el ámbito del Derecho. Cuando una persona utiliza algo de su propiedad, está realizando un acto material de goce y consumación, dice PLANIOL (14), pero cuando dispone de ella realiza un acto jurídico de transferencia total o parcial y por tanto reflejo de una facultad general de ceder los derechos.

A diferencia de los actos de enajenación (salida de un patrimonio de un derecho ya existente), FERNANDEZ VILLAVICENCIO (15) entiende el acto dispositivo como "aquel por el que salen del patrimonio a que pertenecen, un derecho o unas nuevas posibilidades de disfrute que vienen a constituir un nuevo derecho en cabeza de otra persona". En consecuencia no es posible que una facultad perteneciente a un derecho provoque la salida de un patrimonio de ese derecho o de alguna de sus facultades, así THON afirma "yo puedo arrojar una piedra, pero nadie dirá que es la piedra la que da la fuerza para arrojarla, la fuerza estaba en mí antes" (16). La cuestión es tanto más complicada en el caso de los derechos reales de adquisición por cuanto que en ello, es la propia facultad de disposición la que ha de salir del patrimonio del propietario para configurar un derecho subjetivo distinto, con otro titular.

La facultad de disposición es para este sector doctrinal algo externo y común a casi todos los derechos. Sin embargo, la facultad dispositiva para FERNANDEZ VILLAVICENCIO dependería de la capacidad de disposición de la persona como aptitud personal, como posibilidad, y de la aptitud objetiva de un derecho para

que de él se disponga (17). Para estos autores, la facultad de disposición se confunde con capacidad de disponer y así CHIOVENDA (18) en su intento de explicar la naturaleza de la enajenación forzosa mantiene la expropiación del poder de disposición del deudor atribuyéndosela al derecho general de la personalidad.

Frente a la opinión mencionada, la doctrina dominante sigue manteniendo que si el contenido del derecho subjetivo es el conjunto de facultades, el del derecho de propiedad tiene entre éstas la de disposición, la cual alcanza a todo el derecho de propiedad (transmisión) o a parte del mismo (gravamen). La facultad de disposición transmitida a un tercero da lugar a un derecho real de adquisición. En este sentido cabe recoger lo afirmado por estos autores: "Se pueden estudiar las facultades como manifestaciones del poder unitario del derecho de propiedad en el sentido de facultades positivas jurídicas (de libre disposición) y materiales (de libre aprovechamiento) y negativas (de exclusión)" (19); "no es un derecho autónomo señala SANTOS BRIZ (20), sino incluido en la situación jurídica subjetiva compleja que es la propiedad. No se limita a la constitución de derechos reales sobre la cosa, sino que comprende todos los actos derivados de la autonomía privada que puede efectuar". SANCHEZ ROMAN (21) -el autor que, como ya se ha mencionado, intenta realizar la enumeración más exhaustiva de las facultades del derecho de propiedad-, dice de esta facultad: "es un derecho de dominio por el que puede enajenar sus cosas por cualquier título, oneroso o lucrativo, por actos inter vivos o mortis causa, pura o condicionalmente. Puede también gravarla, limitar su poder o

destruirla".

Se debe citar, finalmente, la sentencia de 6 de Mayo de 1.927 que define la facultad sustancial del derecho de propiedad como aquella en virtud de la que el propietario se desprende de todo o de parte de sus atributos dominicales, sustituyendo o modificando el destino jurídico de lo suyo, comprendiendo los actos específicos de transmisión, de imposición de cargas y de subordinación a una responsabilidad a la que sirve de garantía".

Así, la idea básica del derecho real de adquisición es la de sustracción de la facultad de disposición del derecho de propiedad y su constitución como derecho real en cosa ajena, limitador del derecho del propietario por cuanto determina a éste a la elección de personas concretas como beneficiarias de su transmisión, y limitativo al tener por único contenido la posibilidad de adquirir algo ajeno al patrimonio de su titular. Si todo derecho subjetivo es un poder y el contenido del mismo es un conjunto de facultades, en el derecho de propiedad la facultad de disposición -como tal facultad- se sustrae, se desmembra y da lugar al derecho real de adquisición.

Hay, sin embargo, quien entiende que si bien se limita la facultad de enajenar ciertas cosas, cuando éstas pueden ser objeto de tanteo o de retracto constituyendo una preferencia, no se limita el contenido del derecho de propiedad de la manera con que los demás derechos reales lo hacen, pues más que limitar la propiedad o alguna de sus facultades en la persona que es su

titular en el tiempo anterior a la transmisión, reduce en cierto sentido la adquisición del comprador (22).

### 3. CONCEPTO Y NATURALEZA DE DERECHO REAL

Los derechos reales constituyen, junto con los derechos de crédito, las dos grandes ramas de derecho patrimonial: una y otra permiten a sus titulares la satisfacción de intereses, la obtención de beneficios y utilidades; sin embargo, y pese a la existencia de posturas contradictorias, derechos de crédito y derechos reales son dos modos diferentes de satisfacción de esos intereses.

Los derechos reales son un tipo de derechos subjetivos, su contenido por tanto, es el de un conjunto de facultades encaminado a la consecución de intereses de su titular. Ese conjunto de facultades concede a éste un poder directo e inmediato sobre la cosa, un poder exclusivo y excluyente de terceras personas.

Tradicionalmente, la llamada postura romanista o clásica, incidiendo en lo que posteriormente se denominaría elemento interno, configuró estos derechos como creadores de una relación directa entre sujetos y cosa, entre titular y objeto de la misma, "la tensión obligacional que polariza a un sujeto como acreedor y a otro como deudor no se produce en el derecho real, señala PUIG

BRUTAU (23), pues aunque en alguno de ellos, alguien realice prestaciones al titular del derecho, se limita a ejecutarlo en su mera calidad de propietario del inmueble gravado". Esa relación directa sobre la cosa permitía a su vez, una reipersecutoriedad contra todo aquel que se apropiara de la misma o perturbara el pacífico goce del derecho real.

Frente a esta postura surgió, a finales del siglo pasado, la teoría personalista u obligacionista defensora del derecho como enlace entre sujetos, y no entre éstos y las cosas objeto de su derecho; la cosa no puede exigir ni obedecer, la relación del sujeto no podrá producirse con ella sino con otras personas; el derecho real suponía relación entre el titular del mismo y el resto de las personas a las que se les prohibía cualquier acto de perturbación de ese derecho, el derecho real diría WINDSCHEID (24), "sólo tiene prohibiciones".

Junto a ambas posturas y, dirigida a poner fin a una separación tan estricta entre derechos de crédito y reales, apareció la teoría ecléctica. Se criticaba la postura clásica por olvidar el elemento externo incidiendo excesivamente en el interno, por pretender una relación sujeto-cosa, desconociendo que todo derecho se da entre los hombres; a la teoría personalista, por el contrario, por centrarse en demasía en el elemento externo, en la obligación general de respeto y abstención, no atendiendo al poder directo e inmediato que el derecho real suponía; acogiendo ambos elementos, el interno de la postura clásica y el externo de la personalista, caracterizan el



derecho real por la inmediatividad del poder sobre la cosa y la posibilidad de persecución y exclusión de ésta "erga omnes". Si bien es verdad, afirman, que el derecho cabe sólo entre personas porque a regular su convivencia está destinado, no debe confundirse esta relación con que el objeto de la misma, haya de ser los actos de esas personas; asimismo, no es posible caracterizar el derecho real como obligación pasiva universal, porque ese deber de abstención existente para todos no es una obligación integrante en el pasivo de su patrimonio, es simplemente un deber jurídico de todos frente al derecho de uno.

DIEZ PICAZO y GULLON (25) tras el examen de todos ellos, concluyen diciendo que "definir los derechos reales como un poder directo e inmediato sobre la cosa oponible erga omnes no capta por completo la realidad legislativa, y en el fondo son criterios de política jurídica los que determinan que unas situaciones tengan o no eficacia erga omnes"; sería más útil y menos problemático hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella, por cuanto existen numerosos supuestos en los que dándose esa facultad, no existe un poder directo e inmediato sobre la cosa.

La mayor parte de los autores, sin embargo definen estos derechos resaltando las dos notas de immediatez del poder y reipersecutoriedad frente a cualquiera que perturbe el ejercicio del derecho. Derecho real, define SANCHEZ ROMAN, es la facultad correspondiente a una persona sobre una cosa específica y sin sujeto pasivo individualmente determinado, contra quien aquella

pueda personalmente dirigirse"; se diferencia del derecho de crédito entre otras cosas, en el modo de obrar la voluntad del sujeto activo sobre la cosa objeto del derecho, que es directamente, y no a través del compromiso o prestación de un tercero, así como por la eficacia de las acciones que produce, ya que alcanzan a cualquiera que tenga en su poder la cosa (26).

CLEMENTE DE DIEGO (27) afirma que el derecho real atribuye a su titular un poder o señorío más o menos extenso sobre una cosa de la naturaleza exterior frente a todos los demás hombres; implica poder de obrar sobre una cosa y la pretensión frente a todos los demás de rechazar sus ataques, de excluir su participación; lo primero es el lado interno del derecho, lo segundo, el elemento externo, distinción que fue ya iniciada por BECKER (28) y seguida por RIGAUD (29). El poder del derecho real se ejerce inmediatamente sobre una cosa sin necesidad de que intervenga persona alguna. También lo define así ROCA SASTRE (30) al señalar que el derecho real "es el derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder que entraña el señorío, completo o menos, sobre una cosa, de carácter directo y excluyente, protegido frente a todos sin necesidad de intermediario alguno individualmente obligado, si bien principalmente en los derechos reales limitados impone al que en cada momento sea dueño de la misma cosa, un *pati o non facere*, posiblemente conectado con un *facere*".

Esas mismas notas son destacadas por ALBALADEJO (31) al afirmar que "es el poder directo e inmediato sobre una cosa que

concede a su titular un señorío, bien pleno, bien parcial sobre aquella, de forma que en el ámbito de poder concedido tiene la cosa sometida a su nominación"; de igual modo, O'CALLAGHAN (32) dice que "son un poder otorgado por el ordenamiento jurídico inmediato y absoluto sobre una cosa que implica en su titular un señorío pleno o parcial sobre la misma".

Poder directo e inmediato y reipersecutoriedad o eficacia "erga omnes" son los dos caracteres que identifican el derecho real. Poder directo e inmediato en cuanto que el sujeto obtiene un beneficio, satisface su interés sin necesidad de conducta intermedia de otro sujeto; la satisfacción proviene de la cosa directamente, incluso en los casos en los que existe un hacer o un no hacer de la persona, servidumbres negativas por ejemplo, tales conductas no son sino actuaciones encaminadas a no modificar la cosa del estado en que se encuentra y del que se consigue el beneficio.

No lo entienden así DIEZ PICAZO y GULLON (33) para los que titulares de derechos tradicionalmente considerados como reales, no ostentan ese poder directo sobre la cosa; supuesto de la hipoteca en la que el interés del acreedor hipotecario no se realiza sino exigiendo de la autoridad judicial que la cosa sea vendida y con su producto se pague el crédito garantizado, o de la servidumbre negativa en la que el beneficio sólo se obtiene por la abstención del propietario.

No es válido ese argumento, al no tener que ser entendido el

poder directo sobre la cosa como un poder jurídico de material contacto con la cosa que es su objeto (34) o como una mera tenencia de la cosa por parte del titular, sino como la posibilidad de operar inmediatamente sobre el objeto del derecho.

Junto al carácter directo del poder concedido ("relación directa e inmediata de la persona con la cosa" dice la sentencia de 18 de Marzo de 1.959), aparece su eficacia frente a terceros, la posibilidad de exigir no sólo el respeto y la abstención de todos los que no ostentan su titularidad, deber que existe respecto de todo derecho, porque todo derecho subjetivo ha de ser reconocido por los demás, sino también la facultad de, en caso de incumplimiento de ese deber, ser ejercitado frente a cualquiera. Gráficamente lo señala CLEMENTE DE DIEGO (35) al afirmar que "el derecho real sigue a la cosa como la sombra al cuerpo".

Es ese poder directo que se tiene sobre la cosa, el que permite su eficacia frente a todo aquél que se haya apoderado de la misma o quien, sin haberlo hecho la tenga después en su poder. El derecho real funciona sobre la base de la cosa y no sobre la relación creada entre dos personas concretas y determinadas.

#### 4. ESTRUCTURA, CARACTERES Y CLASIFICACION DE LOS DERECHOS REALES

Ya se ha destacado que el derecho real es un derecho

subjetivo que, aunque caracterizado con notas que lo identifican y diferencian de los demás, configurándole como un derecho absoluto (36), responde a la misma estructura que cualquier otro derecho subjetivo. Así cabe distinguir: el sujeto, el objeto y el contenido.

#### A) Sujeto

El sujeto del derecho real es la persona que ostenta su titularidad, la persona que tiene el señorío total o parcial sobre la cosa, persona que puede ser física o jurídica, bastando simplemente la capacidad jurídica.

En cuanto a la existencia de un posible sujeto pasivo, teniendo por tal al conjunto de los que han de abstenerse y respetar el derecho real, ya se ha señalado que no existe tal sujeto pasivo al no tratarse de una obligación integrante de un patrimonio y constituir simplemente "un deber más público que privado, de respetar el derecho subjetivo -sea real o no- cuya titularidad corresponde a otro sujeto" (37).

El derecho real puede tener un sujeto subjetivamente personal o subjetivamente real. El primer supuesto se produce cuando el sujeto está individualmente determinado en una persona concreta, el segundo cuando la titularidad se tiene en función de la cosa objeto del derecho real.

Cabe por otra parte, que la titularidad del derecho real sea

compartida, se tratará de una cotitularidad con distribución de facultades entre los distintos cotitulares (caso de la enfiteusis) o sin ella.

#### B) Objeto

Es la cosa sobre la que recae el derecho, sobre la que se ejerce el poder directo, inmediato y absoluto, para lo que no resulta necesario la tenencia de la misma, siendo suficiente "poder operar inmediatamente sobre ella" (38).

#### C) Contenido

Es el conjunto de facultades que atribuyen a su titular un señorío sobre la cosa; ese señorío no es en todos los casos idéntico: puede ser total, supuesto de propiedad, o parcial supuesto de todos los derechos reales en cosa ajena. Estos derechos reales en cosa ajena son, por tanto limitativos ya que reducen el poder del dueño, del que ostenta el pleno y total poder; y limitados al conferir exclusivamente a sus titulares aquellas facultades sustraídas del ámbito de dominio del propietario.

\*

\*

\*

Se trata por tanto de un tipo de derecho subjetivo con igual finalidad y carácter patrimonial que los derechos de crédito, pero con distinto modo de obtenerla. Son numerosas las

diferencias que les separan de los derechos de crédito, aunque se ha de huir del peligro de incurrir en la estricta postura mantenida por la escuela clásica. Esas diferencias son consecuencia de los propios elementos de unos y otros, y partiendo de los mismos CASTAN (39) señala las siguientes:

Primero: Por razón de las personas que intervienen.

Intervienen un sujeto activo individual determinado y un sujeto pasivo colectivo e indeterminado. No siempre el sujeto activo es una persona individualmente determinada, puede serlo sólo mediatamente por su relación con la cosa (derechos subjetivos reales para los autores germánicos, o anexos con la propiedad de una cosa inmueble para FERRARA) (40).

Puede existir una persona especialmente obligada, como ocurre con las servidumbres. Pero en cualquier caso, siempre hay una diferencia entre la estructura de uno y otro derecho. En el personal, el sujeto pasivo es individualmente determinado, un sujeto invariable; en el derecho real, el sujeto pasivo determinado, si existe, está determinado con relación a la cosa y es variable, cambia con la titularidad de la misma.

Segundo: Por razón del objeto.

En el derecho real, es una cosa corporal, específica y determinada, mientras que el derecho de crédito, tiene por objeto directo una prestación o acto del deudor. Sin olvidar que hay

casos en que el derecho real recae sobre derechos o cosas incorporales, e incluso sobre bienes inmateriales como recoge parte de la doctrina.

Tercero: Por razón del poder que atribuyen a su titular.

El derecho real implica un poder sobre una cosa, el derecho de crédito, un poder o facultad contra la persona del deudor para exigirle una prestación. Los derechos reales son derechos de exclusión, su función se reduce a conceder al titular el poder de no ser perturbado por nadie en el desenvolvimiento de su libre actividad con respecto a la cosa, los de crédito son de unión.

Cuarto: Por la eficacia.

El derecho real es el prototipo de los absolutos porque es "erga omnes", el personal es relativo, sólo puede exigirse de la persona del deudor.

Se ha objetado que ese ejercicio frente a todos existe en todos los derechos, pero no es así, porque como dicen PEREZ GONZALEZ y ALGUER (41) "el tercero no obligado no puede violar la obligación, si impide por la fuerza que el deudor me pague o le quita la cosa que me debe, violará la libertad a la propiedad del deudor, pero no mi derecho de crédito que le es ajeno".

También se ha objetado que hay cosas en las que no cabe la persecución "erga omnes" (el titular de un derecho real sobre



inmuebles no inscritos no puede oponerlo a un tercero que tenga inscrito su título), lo que ocurre realmente es que produciéndose una colisión de varios derechos reales, triunfa el de mayor fortaleza.

De todo ello se deduce que el derecho real tiene mayor eficacia y energía; el derecho personal queda compensado por la mayor extensión de la garantía que se le concede. En ese sentido DE BUEN (42) dice que "el derecho de obligación cabe hacerlo efectivo en el patrimonio del obligado... La base del real es más reducida; se contrae a una cosa determinada..., el derecho real tiene un límite en el valor de la cosa sobre la que se constituye.

Quinto: Por los modos de originarse.

Los de crédito nacen del contrato o título, los reales precisan normalmente además del título un acto ostensible de transmisión de la posesión que suele llamarse modo de adquirir.

Los derechos reales pueden adquirirse por prescripción y por tradición, cosa que no ocurre con los de crédito, por no ser susceptibles de posesión.

Sexto: Por la duración y causas de extinción.

El derecho real tiene de ordinario, aunque con excepciones, como el usufructo, el uso y la habitación, prenda e hipoteca,

naturaleza perpetua, no así el personal que es transitoria.

Séptimo: Por la protección registral.

Los reales están amparados por el Registro de la Propiedad y son inscribibles en el mismo, no así los personales.

No hay que olvidar que estas diferencias tienen un significado no sólo teórico, sino que, como señala ALBALADEJO (43), sus efectos prácticos son de una gran importancia:

- Los derechos reales se adquieren por usucapión, no así los de crédito.

- Los plazos de prescripción son distintos para cada uno de ellos.

- En los derechos reales es fundamental el principio "prior tempore, potior iure", por el que prevalece el más antiguo en caso de colisión.

- El derecho real se extingue cuando la cosa se destruye, el incumplimiento de la prestación no extingue el derecho sino que da lugar a otra conducta: pago de indemnización.

\*

\*

\*

En cualquier caso y así lo señala PUIG BRUTAU (44), ambos

derechos se acercan en los momentos de incumplimiento, al acentuarse la estructura personalista del derecho real y al producirse en los de crédito una situación en la que el titular puede satisfacer su interés sin necesidad de conductas ajenas. Cuando el derecho real es agredido, el carácter intransitivo que tiene para TILOCCA (45) desaparece, y su reipersecutoriedad general se concreta en la persona del demandado, cuya determinación dependerá de la situación de la cosa reclamada. En los de crédito, sin embargo, el acreedor adquiere un poder absoluto sobre el patrimonio del que ha incumplido en su conducta, "la coincidencia estriba, dice, en que el primer lugar lo ocupan los dispositivos de protección jurídica que procuran dar satisfacción a un interés mediante imponer una conducta activa a un sujeto distinto del titular, en tanto que el segundo lugar lo ocupan aquellos dispositivos de protección que tienden a la satisfacción de cierto interés a base de prescindir de los actos de una persona obligada".

Por último y siguiendo la clasificación tradicional, cabe distinguir dos tipos de derechos reales; un derecho real de carácter provisonal, entendido en el sentido de poder otorgado por el Ordenamiento jurídico de carácter más débil y en condiciones más precarias que el concedido por los otros, lo que llega a producir su vencimiento por aquellos cuando corresponda. Unos derechos reales definitivos por tratarse de poderes jurídicamente perfectos, es decir completos y plenamente protegidos por la ley. Entre estos últimos, cabe a su vez, una subclasificación: derecho real definitivo pleno, la propiedad

"el más extenso derecho de dominio que sobre una cosa permite el Ordenamiento jurídico" según definición de WOLFF (46), y derechos reales limitativos en cosa ajena que recaen sobre la propiedad de otra persona, limitándola, y que a su vez pueden ser:

- de disfrute: el poder que otorgan es el de gozar o disfrutar de la cosa ajena; de este tipo son el derecho de usufructo, de uso y habitación, de servidumbre, de superficie, de vuelo y subsuelo, censos y enfiteusis.

- de realización del valor: el poder otorgado sobre la cosa ajena es el de permitir realizar la cosa si se incumple la obligación que se aseguró con tal derecho; son la prenda, la hipoteca y la anticresis.

- de adquisición: limitan la facultad dispositiva del propietario, atribuyendo a sus titulares la posibilidad de adquisición de la cosa objeto del derecho con preferencia a un tercero; son opción, tanteo y retracto.

Estos derechos constituyen lo que ALBALADEJO (47) denomina derechos reales puros, "poder sobre una cosa sin mezcla de obligación de hacer uso u omitir nada a favor de otro". Pero en la práctica existen además situaciones intermedias entre derecho real y de crédito:

- Situaciones en la que existe un contacto entre varios

derechos reales o entre titulares de distintos derechos reales sobre la misma cosa que supone además, la necesidad de realizar determinadas conductas para evitar roces o colisiones entre los mismos. Se trata a juicio de ALBALDEJO (48) de un contenido obligacional conexo al derecho real.

- Vocaciones al derecho real: situaciones en las que no existiendo todavía un derecho real por falta de inscripción, son merecedoras de protección mediante un especial asiento registral. Son los "iura ad rem" en sentido estricto, considerados como derechos más fuertes que el derecho personal y más débiles que el derecho real. Esta categoría fue ya criticada por VALVERDE (49), y a juicio de DIEZ PICAZO y GULLON (50) no gozan de favor de la doctrina.

- Derecho real in faciendo: Situación en la que junto al derecho real, se presenta la obligación de realizar determinadas conductas por parte del propietario de la cosa gravada.

- Cargas reales: situaciones en las que existe un gravamen sobre una cosa que permite obtener prestaciones a cargo de ella por parte del titular de la misma. Su diferencia con los derechos reales in faciendo consiste, según ALBALADEJO (51), en que en los derechos reales in faciendo que él denomina derechos reales con obligaciones secundarias, "hay obligación medio para servir el fin del poder real", y en las cargas reales "la obligación es el fin servido como medio por el poder real sobre la cosa".

## 5. DERECHOS DE ADQUISICION COMO DERECHOS DE NATURALEZA REAL

Los derechos reales de adquisición constituyen una nueva categoría dentro del Derecho de cosas introducida recientemente por nuestra doctrina (52), si bien no de modo unánime, ya que junto a defensores de su carácter real, se encuentran otros autores, principalmente DIEZ PICAZO (53), que configuran estos derechos como "simples facultades de adquisición que deben ser incluidos entre los derechos potestativos, ya que si bien tienen un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, no le confieren un poder directo e inmediato sobre la cosa".

Si se analiza un derecho real de adquisición se descubre la confluencia de los dos elementos, interno y externo, que caracterizan a los derechos reales. Por una parte se observa el poder directo e inmediato que otorgan sobre la cosa concreta y determinada objeto del derecho, sin que pueda inducir a error, sostiene en este punto GARCIA AMIGO (54), "el hecho de que las cosas objeto de los derechos reales de adquisición estén en propiedad y posesión de persona distinta del titular de aquellas, dado que esto es una situación que se da igualmente en otros derechos reales que afectan también el poder de disposición del propietario -hipoteca, prenda- de los que nadie pone en duda su naturaleza de auténticos derechos subjetivos de carácter real; el poder directo en este caso no supone sino la posibilidad de operar inmediatamente sobre la cosa para promover su adquisición.

Junto a esta inmediatez, el otro elemento es el de la exclusión de todo aquél que no sea titular: el titular del derecho real de adquisición no requiere de la conducta de un tercero para la satisfacción de su interés, satisfacción que obtiene por sí mismo directamente del objeto de su derecho, y para ello goza de la posibilidad de exclusión citada, exclusión que ha de ser entendida no como respeto y abstención sólomente -que como ya se señaló es deber común en todo derecho subjetivo-, sino en la defensa "erga omnes" de su derecho frente a cualquiera que lo perturbe, dependiendo de la situación de la cosa. Esa facultad de reipersecutoriedad es recogida en el articulado del Código Civil para el retracto convencional en el artículo 1.510 al decir que "el vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional".

Se trata de verdaderos derechos reales que, junto con los de garantía o realización del valor y los de goce, constituyen una limitación al derecho real pleno por antonomasia que es la propiedad. Suponen una limitación, por cuanto sustraen al propietario determinadas facultades que le corresponden en virtud de su derecho y que no son otras que las de disposición. Es esa sustracción de la facultad dispositiva, esa desmembración del derecho subjetivo de propiedad, lo que posibilita la creación de un nuevo derecho subjetivo, esta vez de contenido más pequeño, limitado a una simple facultad, la de adquisición.

Por ello, junto al carácter limitativo, estos derechos reales de adquisición, tienen el carácter de limitados, su contenido consiste únicamente en la facultad de adquirir. En ese sentido, O'CALLAGHAN (55) señala que "sólo preparan el nacimiento del derecho real pleno, ya que su ejercicio aboca a convertir al titular en propietario".

Además de estos caracteres comunes a todo derecho real, hay algo que les caracteriza e individualiza frente a los demás y es esa preferencia adquisitiva que, ya se ha señalado, constituye una manifestación distinta de la limitación a la facultad de disposición del propietario que también suponen los derechos reales de garantía. Esa preferencia adquisitiva, sin embargo, no es aceptada por los autores como algo común a todos los derechos reales de adquisición. Se señala que en el de opción o en el retracto convencional no existe una preferencia, dado que no hay una tercera persona que pueda adelantarse en el ejercicio del derecho; en uno y otro caso, es el titular quien manifiesta su deseo de adquirir independientemente de cuál sea la voluntad del propietario de la cosa en cuestión. Es la postura mantenida por BADENES GASSET (56), así como por ARECHEDERRA (57). Por el contrario, otros autores como GARCIA CANTERO (58) y DEL MÓRAL Y LUNA (59) sostienen su carácter preferente, distinguiendo entre preferencia absoluta en el caso de la opción y el retracto convencional, y preferencia relativa en el supuesto de los otros derechos de adquisición, retracto legal y tanteo. Preferencia absoluta para aquellos, en tanto que basta con que el retrayente o el optante manifiesten su deseo de comprar, para que el



propietario, aunque no quiera, tenga que vender; frente a ella la relativa, la preferencia más ampliamente admitida por los autores, en la que los titulares sólo son preferidos en el caso de que puedan ofrecer idénticas condiciones que un tercero. Al titular del retracto convencional se le prefiere ante todos, independientemente de las mejores condiciones que éstos pudieran ofrecer, preferencia que, desde luego, le es impuesta al propietario, pero también lo es en el tanteo y en el retracto legal para que prefiera a los titulares de estos derechos si le ofrecen lo mismo que un tercero.

Asimismo, son derechos de tracto único, es decir se agotan por su ejercicio, lo que según GARCIA AMIGO (60) "les confiere la peculiaridad de que el poder directo e inmediato sobre la cosa se manifiesta sólo en el momento de su ejercicio".

Son también de carácter temporal al extinguirse tras un plazo de caducidad, plazo que como se analizará posteriormente, es distinto en cada caso.

\*

\*

\*

En cuanto a su estructura, se distinguen como en cualquier otro derecho real:

A) Sujeto:

Existe un titular de los derechos reales de adquisición que

en los legales viene determinado por coincidir en él alguna de las circunstancias específicas, ya sea de parentesco con el enajenante (retracto gentilicio), situación de cotitularidad en el proindiviso (retracto de comuneros), vecindad de los fondos (retracto de colindantes u opción a la permuta forzosa que la ley establece)..., y en los negociales por haber sido establecido en negocio jurídico celebrado por las partes.

Junto a este titular aparece la generalidad de personas que han de abstenerse de perturbarle en su derecho y contra las que, como ya se ha señalado, cabe la defensa del derecho.

En alguno de estos derechos puede aparecer la figura del tercer adquirente, cuya presencia resulta imprescindible para el ejercicio de aquellos (caso señalado al hablar de la preferencia de estos derechos, para el retracto legal y tanteo y para el retracto voluntario).

#### B) Objeto:

Tal y como recoge GARCIA AMIGO (61), no existen problemas especiales en cuanto al objeto: se trata de cosas, normalmente inmuebles que también pueden ser muebles siempre y cuando sean identificables.

En los legales generalmente viene determinado por la ley, recayendo, dice este autor, "en objetos cuya propiedad tiene señalada una determinada función social, a cuyo cumplimiento

contribuyen precisamente los derechos reales de adquisición respectivos" (62).

C) Contenido:

Se trata de la facultad de adquisición sustraída del derecho de propiedad de una tercera persona, de ahí el carácter limitado y limitativo de estos derechos.

\*

\*

\*

Aceptado por la mayor parte de la doctrina el carácter real de estos derechos, aparece la dificultad de su configuración como tales por parte del Ordenamiento. Dificultad sin importancia para aquellos que mantienen la libre creación de derechos reales en nuestro Derecho, pero no así para los que creen en el "numerus clausus".

Aquel sistema, el de "numerus apertus", supone la posibilidad de que los particulares puedan constituir y crear en base al principio de autonomía de la voluntad aplicada al ámbito de los reales, los que deseen; éste, el de numerus clausus, supone la admisión de los derechos reales que expresamente recoge y regula la Ley.

Quienes defienden la creación del sistema de "numerus apertus", se basan en el artículo 1.255 del Código Civil que

establece la libertad de contratación, la libertad de las partes para constituir cualquier tipo de cláusulas en los contratos, siempre y cuando no sean contrarios a la Ley, la moral y el orden público. Asimismo, consideran como fundamento de la acogida de ese sistema por nuestro Ordenamiento, la redacción del artículo 2 de la Ley Hipotecaria que habla de "los derechos de usufructo, uso, habitación, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales", demostrando para estos autores que no sólo admite los típicos o regulados por la ley, sino también los creados por las partes. A este artículo, unen el artículo 7 del Reglamento Hipotecario que dice que "conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en los que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio de los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego o en lo futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales". Esta postura mantenida por autores como ALBALADEJO (63) y O'CALLAGHAN (64), es también acogida por algunas resoluciones de la Dirección General de Registros; así la de 27 de Marzo de 1.947 dice que aunque "no es posible desconocer las dificultades que entraña en un sistema contrario al *numerus clausus* de los derechos reales, el criterio de selección para separar lo relativo al derecho obligacional de lo que pertenece al derecho de cosas...". Apoyan esta posición doctrinal, sentencias de 7 de Junio de 1.948, 29 de Marzo de 1.955, 1 de

Agosto de 1.959, 19 de Septiembre de 1.974 y 6 de Julio de 1.988 (-A.C. 719/88-), entre otras. También las resoluciones de 1 de Abril de 1.987 (-A.C. 647/87-) y 5 de Junio de 1.987 (-A.C. 815/87-), ésta última señala expresamente: "el numerus apertus reconocido en nuestro Ordenamiento jurídico presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales tales como la existencia de una razón justificada suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado...".

Es también muy amplio el sector de la doctrina que mantiene la postura contraria; así HERNANDEZ GIL (65), CASTAN (66), que aunque parece aceptar el numerus apertus, es partidario del numerus clausus; LACRUZ (67) que piensa que admitir como derechos reales cualquier influencia que pueda inventar el arbitrio humano requeriría una regla que así lo dijera como ocurre en el artículo 1.255 para la contratación; a falta de texto semejante hay que limitarse a los ya existentes, lo que no ha de impedir crear nuevos derechos cuando se trata en realidad de pactar tipos ya regulados legalmente.

Los artículos señalados de la legislación hipotecaria se refieren no a derechos no creados todavía, sino a los demás derechos no mencionados en los mismos.

DIEZ PICAZO (68) pronunciándose favorable al numerus apertus, señala sin embargo que la exclusión de cualquier derecho real creado por las partes favorece la claridad y abarcabilidad de las

relaciones jurídicas inmobiliarias y facilita el sistema de Registro; argumento sostenido por alguna resolución de la Dirección General de Registros, como la de 21 de Diciembre de 1.943 que habla de innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a su deber de calificación, (69) y que ha sido muy criticado por ALBALADEJO (70) por entender que eso sería tanto como "sostener que para evitar las dificultades que a los Tribunales puedan ocasionarse para fijar la naturaleza de los contratos que se les sometan, hubiera también *numerus clausus* en estos"). Asimismo entiende que una cosa es que el Código Civil conceda amplia autonomía particular para modificar el contenido de los derechos reales típicos (artículos 467, 452, 594) que ya están calificados, y otra crear unos nuevos que presentan la enorme dificultad de obligar a unas personas extrañas a respetar una situación que resulta de la mera voluntad de las partes.

PUIG BRUTAU (71), así como PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (72) dicen que no existiendo inconvenientes en la constitución negocial de nuevos derechos reales, la dificultad estriba en la "insuficiente precisión legal" siendo necesaria la existencia de una posibilidad institucional que permita su creación.

ROCA SASTRE (73) en un intento conciliador y reconociendo que nuestro sistema admite la creación de derechos reales considera que en realidad, no existen diferencias entre uno y otro sistema, dado que los *clausus* ofrecen un generoso margen para catalogar de derechos reales derechos no recogidos como tales en el Ordenamiento, y los *apertus* no suponen una libertad completa de

creación.

Partidario del *apertus* O'CALLAGHAN (74), afirma que nuestro Derecho sigue el sistema citado, siendo la única limitación existente la de que los particulares que constituyen un nuevo derecho real hagan concurrir los elementos que lo integran (sujeto, objeto y contenido), y crear el derecho real nuevo con el concepto propio de derecho real, poder inmediato y absoluto sobre la cosa; será preciso por tanto que si recae sobre bienes inmuebles tenga acceso al Registro. Cosa distinta es que casi todos los derechos pensables quepa establecerlos como variantes de los tipos de derechos ya creados por la ley.

La posibilidad de creación de nuevos derechos reales lleva a la necesidad de imponer límites de autonomía de la voluntad, del mismo modo que existen en materia de obligaciones, límites cuyo cumplimiento habrá de ser exigido para que los casos en que las partes hayan expresado su deseo de crear un derecho real (por el carácter restrictivo que la jurisprudencia ha mantenido, se ha de sostener en la interpretación de cualquier tipo de limitación de la propiedad) sean realmente creadores de tales derechos y no simples manifestaciones negociales.

Los límites a cumplir, a juicio de DIEZ PICAZO y GULLON (75) son:

- reunir los requisitos típicos de los derechos reales,

- no contradecir el orden público económico,

- perfecta descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse (artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario),

- cumplir los requisitos de forma exigibles para el acceso al Registro (artículo 1.280.1 del Código Civil),

- necesidad de una especial tutela jurídica de los intereses de las partes.

Concluyendo cabe decir que nuestro Ordenamiento sigue un sistema de "numerus apertus" y por tanto de libre creación de derechos reales reconocido recientemente por resoluciones de 10 de Abril y 5 de Junio de 1.987; sin que ello signifique que no sea más deseable la utilización de derechos ya existentes o típicos por la seguridad que supondría. En cualquier caso, los nuevos derechos reales, lo serán en tanto en cuanto se establezcan objetivamente y no simplemente porque las partes lo deseen. Cuestión diferente es que la creación resulte difícil por abarcar las figuras ya existentes casi todas las posibilidades.

De lo que no hay duda es que los derechos reales de adquisición a pesar de su no regulación expresa por parte del Ordenamiento, reúnen todo lo que caracteriza a un derecho real y, por tanto, basándose en esa libertad de creación no ha de existir



ninguna dificultad para su admisión en nuestro sistema.

6. POSTURA DE LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION  
ESPANOLA ANTE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION.

La doctrina española moderna inspirada en WOLFF (76) introduce entre los derechos reales una tercera categoría, la de los derechos reales de adquisición, integrada por los de opción, tanteo y retracto. ALBALADEJO (77) y remitiéndose a él O'CALLAGHAN (78) los definen como "aquellos que facultan a su titular para, concurriendo ciertos requisitos, convertirse en propietario de la cosa sobre la que recaen". ALBALADEJO (79) lo llama también "pretensiones de transmisión" o "poderes encaminados a obtener ésta", por cuanto su contenido es facultar al titular para conseguir que otra persona a la que pertenece la cosa, sea el antiguo dueño, sea cualquier otro adquirente, la transmisión de la misma. Los derechos reales de adquisición limitan la propiedad del dueño, dado que éste pierde la libertad de enajenar la cosa a quien él quiera. Añade este autor, la necesidad de distinguir estos derechos reales de los derechos de crédito que facultan también a exigir la transmisión, pero sólo del obligado a ello (dueño de la cosa) con la posibilidad de pedir únicamente daños y perjuicios en caso de incumplimiento como en cualquier otra obligación.

Tradicionalmente, sin embargo, tanteo y retracto eran estudiados de manera individualizada como pactos añadidos a una compraventa (caso del retracto convencional) o como tipos de resolución de la misma, sin ofrecer un concepto común a ambos y sin mencionar siquiera el derecho de opción. CASTAN (80), VALVERDE (81), así los tratan en sus obras.

SANCHEZ ROMAN (82) llega aun más lejos, al negar y contradecir expresamente la postura mantenida por FALCON (83) sobre la naturaleza de estas figuras. Afirmaba FALCON que se trataba de verdaderos derechos reales por ser ejercidos sobre bienes inmuebles ajenos, sin tener en cuenta las personas que los poseían y limitando, por disposición de las leyes, la facultad de libre enajenación del dueño, en el tanteo al imponerle un comprador, y en el retracto al sustituir al comprador. Debían colocarse, según él, entre los derechos reales "aunque algunos autores los tratan con la compraventa en razón a que sólo se ejercen con ocasión de la venta de inmuebles. Cuando desaparezcan los retractos privilegiados y sólo subsista el convencional, será ocasión de mirar este derecho como simple pacto de la compraventa ajustada a las doctrinas por las que se rige".

Adelantábase FALCON a lo que tiempo después sería comunmente aceptado por la doctrina moderna, quien configurándolos como derechos reales, los incluye en una tercera categoría dentro de éstos y les da un trato unitario.

SANCHEZ ROMAN (84) por el contrario, los considera como

privilegio, a pesar de que "algún autor como FALCON piense son derechos reales limitativos del dominio; si bien limita la facultad de enajenar constituyendo una preferencia a favor de su titular, su influencia no trasciende más allá del momento de adquisición de la cosa retraída o tanteada y no constituye una nueva relación de derecho real que subsista después con fines peculiares y funcionalidad propia como sucede con cualquiera de los otros, verdaderas especies de derecho real". Para SANCHEZ ROMAN, tanteo y retracto, no son sino parte del contenido de otro derecho real, el de censo enfiteútico, y en caso del retracto, de otras situaciones, como la de parentesco, condominio y división del dominio.

CLEMENTE DE DIEGO (85) sostuvo ya en 1.929 su carácter de derechos reales limitativos del dominio, pero de adquisición; llegaba a ello partiendo del estudio del tanteo. El tanteo, decía "es un derecho real que otorga a su titular preferencia para la adquisición de un inmueble por el tanto en que su dueño pretenda enajenarlo", derecho real por cuanto recae sobre una cosa cualquiera que sea su dueño y en consecuencia puede ser ejercitado también, contra cualquiera que no haya cumplido con el deber de abstención y respeto; de adquisición porque restringe la libre disposición del dueño que no podrá ya elegir a quien enajena la cosa y porque, además va dirigido a la adquisición de un inmueble (limita la existencia del tanteo solamente a los bienes inmuebles). El carácter real del retracto, complemento del tanteo en los casos en que no se haya usado éste y, asimismo susceptible de vida independiente, se justifica en el Código

Civil (artículo 1.510), así como en el artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria, su finalidad adquisitiva, en el derecho que otorga para subrogarse en el lugar del comprador rescindiendo la venta consumada a su favor mediante abono del precio y demás gastos.

Sin embargo, y en ello coinciden todos los autores (86) fue WOLFF el inspirador de la doctrina española en el desarrollo de la categoría jurídica de los derechos reales de adquisición. Este autor (87) clasifica los derechos reales en derechos reales de goce, de realización del valor y de adquisición, y a éstos los define como "gravámenes de una cosa que dan al titular el derecho de convertirse en propietario". A su vez, distingue entre los derechos reales de adquisición a los derechos potestativos, las pretensiones de transmisión y las expectativas jurídicas; los derechos potestativos que suponen la adquisición de la propiedad por un acto unilateral (toma de posesión) o mediante un acto unido a un acto oficial, quedando en manos del interesado el provocar la adquisición (88), y las expectativas jurídicas que conducen a la propiedad sin acto jurídico alguno, simplemente por la realización de algún evento, han sido excluidas, sin embargo de la categoría de derechos reales de adquisición, por la doctrina española al entender que aquellos, los derechos potestativos, no son tales derechos por carecer del objeto concreto y determinado ("cobrada la pieza por ocupación, señala GARCIA AMIGO (89), el derecho del cazador sobre ella es de propiedad") y tratarse solamente de un modo de adquisición de derechos reales; y las expectativas, por no poder ser tratadas como derechos actuales al carecer del contenido propio del

derecho subjetivo: conferir un poder cuyo ejercicio quede a la libre voluntad de su titular (90).

Recogiendo la postura alemana, ESPIN (91) ve en ella la posibilidad de crear una categoría unitaria de derechos reales comprensiva del tanteo, la opción y el retracto y de terminar así con el desorden jurisprudencial y legislativo existente en la materia. Tras clasificar los derechos reales en derechos reales de goce y disposición (propiedad), de goce (usufructo, habitación, servidumbre, censo, superficie, elevación de edificios), de garantía y de adquisición, define a éstos últimos como "aquellos que facultan a su titular para adquirir la propiedad de una cosa determinada y ello mediante una preferencia frente a las demás personas que pretendan adquirirla o la hayan adquirido, según se trate de uno u otro derecho real.

También PUIG BRUTAU (92) ha seguido esta dirección alemana definiendo los derechos reales de adquisición como un tipo de derechos reales limitados o restringidos, junto a los de disfrute y de realización del valor, al considerarlos como gravámenes sobre una cosa que afectan a quien sea su propietario y tienen eficacia frente a terceros. Permiten realizar la adquisición excluyendo a cualquier otro posible adquirente, por conceder a su titular (el del derecho real) preferencia frente a toda persona que pretenda la adquisición de la cosa objeto del derecho.

Esa misma preferencia es resaltada por LACRUZ (93) aunque de forma distinta. Afirma este autor, que la eficacia de los

derechos reales de adquisición estriba en conferir a su titular la facultad de conseguir la transmisión a su favor de una cosa o derecho, por quien fuera su dueño (o titular) pagando su precio. Incide sobre la facultad dispositiva del propietario pero sólo "polarizándola a su favor, no impidiéndola o condicionándola": haciendo que sin que el dueño haya decidido enajenarla a nadie se la transmite a él (opción), o que habiendo decidido transmitirla a P, se desvíe hasta él el impulso transmisivo (tanteo) o que, válidamente transmitido a P, éste se desplace de su posición de adquirente para ser ocupado por el titular (retracto)".

Para CAMY SANCHEZ CANETE (94) los derechos reales de preferente adquisición son aquellos por los que se concede a una persona ajena jurídicamente a la cosa sobre la que recaigan, la facultad de adquirirla con exclusión de cualquier otra. El elemento típico, común o invariable de este grupo de derechos -continúa este autor- es la preferencia en la adquisición en tanto que las modalidades esenciales, las variantes, en suma, que perfilan cada una de las varias instituciones incluidas en él, radican en los distintos requisitos exigidos para ejercitar aquella preferente adquisición.

Incluye entre los derechos de adquisición, además de a los clásicos, a la compraventa con precio aplazado en la que se pacta reserva de dominio (al adquirente no sólo se le concede derecho a adquirir con preferencia, sino que incluso se le transfiere un derecho de usufructo temporal resoluble, junto a un jus ad rem respecto a la cosa); y a la condición resolutoria de la

compraventa por impago del precio. Excluye sin embargo, el retracto convencional al calificarlo de derecho real de garantía (el transmitente real o potencial conserva un derecho real sobre la cosa, como ha reconocido la jurisprudencia al permitir la inscripción del derecho a cobrar los plazos) (95).

También la preferencia es objeto de estudio por parte de BADENES GASSET (96) - como ya se señaló al estudiar la postura mantenida por nuestra doctrina en relación a los derechos reales de adquisición-, como categoría unitaria y distinta. Este autor, basándose en la preferencia concedida por el derecho, distingue entre tanteo y retracto legal de un lado y retracto convencional del otro. De aquellos, dice, son en realidad dos fases del mismo derecho, de una figura de derecho real de adquisición en los que el sujeto no está individualmente determinado, por atribuirse a quien en el momento legal de su aparición esté en una determinada posición con respecto a la cosa sobre la que se otorga o en atención a la que se concede. Al retracto convencional lo califica también de derecho real de adquisición pero no preferente, como son los otros dos y ello debido a que la idea de preferencia hace relación a otros; se trata, para este autor, de "un derecho de resolución de venta o de retorno de la cosa sobre la que no ha dejado de actuar la voluntad del retrayente".

Manteniendo esa misma tercera categoría dentro de los derechos reales, SANTOS BRIZ (97) distingue entre el retracto, de naturaleza claramente real y el tanteo y la opción a las que califica de figuras de carácter permeable, de naturaleza fluida,

oscilante entre personales y reales. Aquel, el retracto, ofrece un contenido y efectos "erga omnes" que lo caracterizan como indiscutible derecho real, pudiendo ser clasificado en convencionales, debidos a la libertad de contratación consagrada en nuestro Código Civil, y legales debidos a la función social de la propiedad como derechos instrumentos de política estatal y desde un punto de vista familiar. Retracto y tanteo (el tanteo que sea real) son para él, distintas fases de un mismo derecho, que otorgan preferencia para subrogarse en el lugar del futuro comprador de una cosa (tanteo) o en el del que ya ha adquirido una cosa a título oneroso por compra o dación en pago (retracto). Todos ellos, por tanto, coinciden en la preferencia que otorgan al favorecido por ellos para anteponerse a un tercero en la adquisición afectada.

Es de destacar la gran labor realizada por GARCIA AMIGO (98) en su intento de elaborar una teoría general sobre los derechos reales de adquisición desde una doble perspectiva: estática o estructural (su anatomía, estructura, elementos) y dinámica o funcional (su nacimiento, vida y extinción). Parte, en primer lugar, del estudio individualizado de cada uno de ellos, buscando en doctrina, jurisprudencia y legislación, española y comparada, todo aquello que contribuya a la caracterización de tanteo, retracto y opción como tres manifestaciones de una categoría unitaria. Auténticos derechos subjetivos, al reunir los elementos considerados como esenciales para su existencia (titular concretamente determinado, directa o indirectamente; objeto perfectamente identificado; y un ámbito de libertad garantizado);



son además derechos reales limitados y limitativos de la facultad de disposición del propietario al restringir su libertad de elegir al adquirente e incluso imponiéndole la enajenación al margen de su voluntad.

Esa configuración unida al panorama existente de contradicciones normativas, carencia de sentido práctico e innecesario casuismo, le conduce lo mismo que a ESPIN (99) a exigir "una regulación de carácter general que, limitándose a las notas comunes de los mismos supuestos, sea aplicable a todos ellos". Es importante señalar que este autor mantiene una clasificación algo distinta de la de otros, al entender el retracto convencional como un tipo del derecho de opción de origen negocial, como se analizará posteriormente con más detalle.

Ese mismo intento de buscar una teoría general, es apreciable en la obra de GARCIA CANTERO (100), quien a partir del articulado del Código Civil realiza un estudio detallado de estos derechos, como categoría primero, e individualmente después. Los derechos reales de adquisición no son, dice, sino una subclase de los derechos reales atribuidores de un derecho real sobre una cosa que faculta a su titular para adquirir onerosamente la propiedad, bien sea incondicionalmente, bien sólo en el caso de que el propietario actual proyecte su enajenación o la haya realizado a un tercero. Con ello limitan el derecho de propiedad y posibilitan el nacimiento de otro derecho real pleno al convertir con su ejercicio al titular en propietario.

Este autor lo mismo que GARCIA AMIGO (101) entiende el retracto convencional como un tipo de derecho de opción; ello, unido a que considera el retracto legal como una segunda fase del tanteo, conduce a su original clasificación de los derechos reales de adquisición en derecho de opción, constitutivo de la máxima limitación de la facultad dispositiva del sujeto gravado, y en derecho de tanteo conformado por dos fases distintas, el tradicional tanteo previo a la enajenación, y el retracto, posterior a la misma.

Frente a la postura dominante en la doctrina sobre la existencia de los derechos reales de adquisición, ha habido detractores de su carácter real. Es de destacar la opinión de DEL MORAL Y LUNA (102) para el que el retracto y tanteo son meras facultades que nacen, viven y mueren inseparablemente encadenadas a un derecho subjetivo que las justifica, o esclavizadas a una condición jurídica personal, "son un puro privilegio inherente a la condición jurídica personal", "puros perfilamientos con que el legislador ha creído oportuno matizar una situación jurídica, enriquecer un derecho subjetivo o acentuar una condición personal". Para este autor no hay sino un derecho o unas facultades de adquisición con dos modalidades distintas, preferencia relativa y preferencia absoluta.

Tampoco para DIEZ PICAZO (103) son derechos reales sino simples facultades de adquisición a englobar entre los derechos potestativos. Como se recoge en el apartado I de esta Introducción, afirma DIEZ PICAZO que no cabe considerarlos como

derechos reales por no conferir a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino sólo la facultad de adquirirla cuando su propietario se propone venderla o la ha vendido ya; argumento que comparte ARECHEDERRA (104) con relación al retracto convencional que, a su juicio, supone sólo el establecimiento de una preferencia, cuya eficacia real se consigue al inscribirse en el Registro; como también quedó señalado en el mismo apartado dicho argumento no es suficiente para GARCIA AMIGO que niega la necesidad de que la cosa objeto del derecho esté en posesión de su titular para poder considerar que existe sobre la misma un poder directo e inmediato (105).

El caso de la opción es todavía más evidente si cabe, para este autor porque no solamente no concede ese poder inmediato sobre la cosa, sino que además sólo tiene eficacia frente a terceros cuando se inscribe en el Registro, para lo que se requiere que cumpla determinadas condiciones.

\*

\*

\*

En cuanto a la jurisprudencia, se puede comprobar cómo ha seguido una evolución muy similar. El Tribunal Supremo, en un primer momento, y al estudiar, individualizadamente por supuesto estos derechos, los calificaba como derechos personales y originadores de acciones recíprocas de naturaleza personal; así la sentencia de 25 de Octubre de 1.924, con respecto al retracto convencional. Refiriéndose también a este retracto, la sentencia de 24 de Noviembre de 1.921 afirma que "dada la doble naturaleza,

real y personal, del retracto convencional, se llega a la consecuencia de que la situación real acreditada por el Registro es compatible con una obligación; en el tercer Considerando de la sentencia de 6 de Marzo de 1.947, los efectos del pacto de retracto son obligacionales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.451 del Código Civil. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo, en una sentencia anterior a las citadas, decía textualmente: constituye un pacto de naturaleza real de ineludible observancia (sentencia de 2 de Diciembre de 1.915), carácter real que ha sido posteriormente confirmado en sentencias de 27 de Marzo de 1.947, 12 de Junio de 1.957 (es de naturaleza real, pues persigue la cosa cedida aunque ingrese en la propiedad de aquel...), 29 de Marzo de 1.960, 30 de Abril de 1.971 (es de naturaleza real y puede ejercitarse contra cualquiera siempre que no esté protegido por ser tercero registral).

La naturaleza real del retracto legal, es recogida en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo siendo especialmente significativa la Sentencia de 2 de Febrero de 1.966, en la que además se reconoce la existencia de esta institución genérica dentro de los "iura in re aliena"; dice esta sentencia: "aunque el derecho de retracto legal es de naturaleza real y como tal susceptible de surtir efectos "erga omnes", no cabe identificarlo con el dominio, toda vez que éste recae directa e inmediatamente sobre la cosa y sus productos, y aquel es de los denominados derechos reales de adquisición y por ello no alcanza plenitud de efectos hasta tanto que por sentencia firme que lo reconoce no se opere la modificación jurídica que implique la esencia

subrogatoria de tal derecho".

Su configuración como derechos reales y su inclusión en una categoría distinta e independiente aparece de forma terminante en las sentencias de 3 de Abril de 1.981 que reconoce la existencia de los derechos reales como categoría unitaria en un caso en que admitió la creación convencional de un derecho real de adquisición preferente; y de 5 de Diciembre de 1.981 que afirmó que "el derecho de retracto legal es de naturaleza real y como tal susceptible de producir efectos "erga omnes"; pertenece a los denominados derechos reales de adquisición".

\*

\*

\*

No hay que olvidar que en esa pauta establecida por los autores, se encuentran algunas leyes que tratan a estos derechos, no ya como figuras independientes, como simples pactos a añadir a la compraventa, sino como derechos reales pertenecientes a una categoría, la de los derechos reales de adquisición. Muestra de ello lo son:

- El texto refundido de la ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo artículo 227 dice "la inclusión de una parcela en la concentración da lugar, mientras dure el procedimiento correspondiente, a la extinción del retracto de colindantes, del de permuta forzosa y demás de adquisición que se otorgan por leyes para evitar los enclavados o la dispersión parcelaria".

- De enorme importancia a estos efectos es la Compilación de Derecho de Navarra de 1 de Marzo de 1.973 modificada por Ley Foral de 1 de Abril de 1.987, donde a juicio de GARCIA AMIGO (106) "se consagra definitivamente nuestra figura con carácter legislativo", al encabezar el título IV de su libro III, dedicado éste último a los bienes, con el epigrafe: "de los retractos y otros derechos de adquisición preferente". La Ley 445, inicial del capítulo 1, ofrece una descripción de la categoría: "Los derechos de tanteo y retracto legal y los demás derechos reales de adquisición, limitan el poder de disposición del dueño de la cosa y facultan a su titular para adquirirla con preferencia a terceros en caso de transmisión onerosa". El resto de este capítulo contiene una regulación general y unitaria de los derechos reales de adquisición:

- prelación entre ellos (Ley 446),
- renuncia (Ley 447),
- ejercicio (Ley 449),
- pagos necesarios para su ejercicio (Ley 450).

- También la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de Diciembre de 1.980, se refiere en su articulado a estos derechos de adquisición como categoría; así el artículo 97 habla de que "no podrán ejercer los derechos de adquisición que establecen los artículos anteriores (tanteo y retracto)".

II.- ENUMERACION DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION Y  
CONCEPTO DE CADA UNO DE ELLOS

1.- REFERENCIA AL CARACTER REAL Y PERSONAL DEL RETRACTO  
TANTEO Y OPCION

Configurados como causas de resolución de una compra- venta por disposición del artículo 1.506, retracto legal, retracto convencional y tanteo han sido considerados posteriormente como posibilidades de acceder a la propiedad de un tercero con preferencia sobre los demás en tanto que fueran cumplidos determinados requisitos establecidos por la ley o por pacto entre las partes para cada uno de ellos.

Si bien sobre la naturaleza real de estos derechos existen todavía posturas contrarias (107), lo cierto es que en la actualidad se les trata como a exponentes de una nueva categoría de derechos reales, la de los derechos reales de adquisición, con una cierta unanimidad. Sobre la existencia de otros derechos reales de adquisición las opiniones son más dispares, sobre todo en cuanto a la posibilidad de configuración real del tanteo y retracto voluntarios.

A pesar de ello la mayor parte de los autores hablan de tres derechos reales de adquisición: tanteo, retracto, incluyendo en él al legal y al convencional, y opción; todos concedentes de la facultad de adquirir la cosa gravada, aunque en momentos distintos como se verá al estudiar el concepto de cada uno de ellos y dando diferente importancia a la voluntad del propietario en el momento de ejercicio: carente de valor en la opción y el retracto convencional, y punto de partida para tanteo y retracto, que no podrán ejercitarse hasta que aquél se decida a enajenar o haya incluso enajenado ya.

Conformes con ese carácter real y con su pertenencia a una categoría específica de derechos reales de adquisición, algunos autores se plantean la existencia de estos derechos con carácter personal, en cuyo caso, el titular no adquirirá un derecho real sobre la cosa, sino un mero derecho de crédito contra su dueño que, en caso de incumplimiento sólo le permitiría exigir a ese propietario los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, pero no dirigirse contra los terceros adquirentes. Partidario de esta posibilidad, se encuentra ALBALADEJO que destaca los efectos de configurar estos derechos con uno y otro carácter (108).

Para otros autores sin embargo, esta posibilidad carece de sentido porque, dice DEL MORAL Y LUNA (109) para el caso concreto de un retracto negocial de naturaleza personal, los contratantes no conseguirían mediante el derecho creado la finalidad



perseguida, cual es la adquisición de la cosa en todo supuesto y la tenga quien la tenga. Para ARECHEDERRA crearlos como personales supondría una desfiguración esencial de los mismos, que haría plantearse seriamente su subsistencia como tales derechos (110).

Para CAMY SANCHEZ CANETE (111) no cabe la configuración personal de estos derechos, pues en ese caso, lo que surgiría sería "una promesa de vender" por parte del promitente. Es más, añade, estas promesas de venta pueden configurarse dándoles cierta semejanza a los derechos de tanteo y de opción, pero no pueden nunca modalizarse de modo que se asemejen a un retracto, dado que el ejercicio de este derecho real se realizará contra alguien que no fue parte en el contrato constitutivo, y por ese mismo hecho de obligar a terceras personas completamente alejadas del contrato base de aquel, no sería posible constituirlo como una promesa de venta en la que el que promete vender, no sólo no interviene en el contrato, sino que es absolutamente desconocido en ese momento.

## 2.- ORIGEN LEGAL Y VOLUNTARIO

### A) Postura tradicional

Apuntados sus dos posibles caracteres, real y personal, y partiendo lógicamente del primero, del carácter real, se plantea el doble origen de cada uno de ellos, legal y convencional; la

calificación (114) de retracto conferida al retracto legal, derecho que no es tal, pero al que al denominarse así se le ha supuesto en el convencional su paralelo de origen negocial. A ello hay que añadir la posibilidad de un tercer derecho de origen voluntario, la opción a la que si no se ha hecho referencia ha sido, bien por entender que no tenía carácter real, con lo que la cuestión ni se planteaba, bien por considerar que sólo ese carácter voluntario era el que podía tener la opción, sin existir en ese caso el análogo legal.

#### B) Tanteo Convencional

El tanteo convencional es, sin duda, la figura más controvertida de las que se van a analizar, quizá por haberse planteado su existencia desde el primer momento.

Nada dice la ley sobre él, en contraste con el artículo 1.094 del Código Civil alemán que admite que "una finca pueda ser gravada de forma que aquel a cuyo beneficio se establece esté autorizado frente al propietario al tanteo".

Dejando a un lado las opiniones de quienes niegan su posible existencia amparándose en el "numerus clausus" del Ordenamiento, la referencia va dirigida a aquellos autores que, aun entendiendo la libre creación de derechos reales, sostienen la imposibilidad de existencia de un tanteo negocial.

PUIG BRUTAU (115) señala el carácter discutido de esta cuestión haciendo referencia a cómo la doctrina tradicional y la jurisprudencia registral negaban la posibilidad de un tanteo que no fuera el legal.

Para ROCA SASTRE (116) la admisión de un tanteo convencional sólo presenta dificultades, aparte del silencio legislativo existente en la materia; se refiere este autor, además, a la postura mantenida por algunos autores como VILLAVICENCIO (117) a cuyo juicio no cabe siquiera considerar el carácter de derecho subjetivo del tanteo, menos aun su calidad de derecho real.

En el mismo sentido que PUIG BRUTAU se expresa SANTOS BRIZ (118) al afirmar que si bien cabría el tanteo convencional amparándose en el sistema de "numerus apertus", no podría dejarse al arbitrio de las partes su creación, sin ni siquiera un atisbo de regulación legal específica.

Para VALLET DE GOYTISOLO (119) el tanteo es una facultad de adquisición a la que cabe dar acceso al Registro mediante el concepto de inherencia a la cosa y su catalogación en la lista de "situaciones jurídicas protegidas".

También la Dirección General de Registros fue en principio contraria a la posibilidad de creación negocial del derecho de tanteo, siendo básica la resolución de 4 de Enero de 1.927 que argumentaba del siguiente modo: "que contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de

preferencia como el que se reconoce en el auto recurrido militan gravísimas razones que imponen igualmente una interpretación restrictiva, como son:

- la legislación hipotecaria nada dice sobre tal preemptio,

- se le atribuye una duración indefinida,

- el vínculo que supondría para la propiedad frenaría las mejoras y estimularía el abandono de las fincas ya que el precio de venta no se fijaba en el mercado libre sino de una vez para siempre,

- su desenvolvimiento judicial y extrajudicial plantearía numerosos problemas por la determinación de los plazos en que habría de hacerse la venta, y de los efectos de las ventas realizadas sin aviso.

- no respondía al criterio legal de reconstitución de la propiedad desmembrada o de parcelación agronómica, ni a la finalidad de evitar situaciones anormales de la propiedad.

A esta Resolución, PEREZ GONZALEZ y ALGUER (120) opusieron:

- que el silencio de la ley hipotecaria acerca del tanteo convencional tiene poco valor, teniendo en cuenta el sistema de derechos reales de nuestro Ordenamiento ("numerus apertus"),

- que la duración indefinida que se atribuye al derecho de tanteo convencional no ha sido obstáculo para su admisión en Alemania, donde la libertad de configuración de derechos reales es restringida,

- que la dificultad de fijar el precio de una vez para siempre puede superarse no admitiendo otro precio que el del tanteo legal,

- que la indeterminación de los plazos para realizar la oferta, se puede subsanar igualmente aplicando el procedimiento y términos que rigen el legal,

- que responde a otras finalidades igualmente lícitas y útiles.

Posteriormente, la resolución de 27 de Marzo de 1.947 expresó el sentir cada vez más reacio de legislación y Jurisprudencia para considerar el alcance real de los pactos que no podían sino desenvolverse en el campo del Derecho de obligaciones.

La cuestión fue nuevamente considerada por la Dirección General en resolución de 20 de Septiembre de 1.966, con un criterio permisivo: "Si bien el Registro no puede recoger los derechos de naturaleza personal, por lo que es ardua la labor calificadora para indagar si el derecho analizado es personal o real en bastantes supuestos, y aunque nuestra legislación hipotecaria se basa en el sistema de "numerus apertus", ha

habido necesidad de restringir la libertad de estipulación para que no pueda atribuirse naturaleza real a toda convención que no reúna los requisitos típicos de estos derechos, es lo cierto que habrá de admitirse como de naturaleza real un derecho de tanteo similar al regulado en varias normas legales y en bastante jurisprudencia ya que se trata de un derecho de preferente adquisición que, en virtud del negocio jurídico concluido, amplía el campo de aplicación del tanteo al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que:

- existe convenio en el que se concede al titular la facultad "erga omnes" de adquirir la parcela o participación indivisa sin crear un simple derecho de crédito,

- el precio no queda fijado de antemano sino que con las garantías necesarias se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado por el artículo 1.447 del Código Civil y 20 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada.

- se concede un plazo determinado y breve para el ejercicio del derecho: veinte días,

- sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 por lo que no crea ninguna vinculación perpetua o indefinida,

- se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho.

ALBALADEJO (121), para el que la postura de la resolución de 4 de Enero de 1.927 resultaba inaceptable en nuestro Derecho positivo por regir en él el sistema de "numerus apertus", sostiene la posibilidad de libre creación negocial del tanteo aduciendo un gráfico ejemplo del mismo: los dueños de un edificio por pisos establecen en los estatutos reguladores de su propiedad, que cualquiera de ellos tiene sobre los extraños la preferencia que concedía el artículo 396 del Código Civil antes de ser reformado por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1.960 para adquirir los pisos que se venden.

### C) Retracto Voluntario

Lo ocurrido con el retracto voluntario no se debe, como en el caso del tanteo convencional, a la creencia de su no admisibilidad por el Ordenamiento; el retracto legal, ya se ha señalado, no constituye realmente un verdadero retracto; si se mantiene esa errónea calificación ya significada en 1.919 por RIAZA (122), es por evitar confusiones y dificultades de utilización y regulación del mismo. Lo cierto es que tradicionalmente se aducía la existencia de un retracto legal y de otro convencional, sin observar que uno y otro eran figuras distintas, con diferente finalidad.

El titular del retracto convencional no busca sino la posibilidad de, con el tiempo, poder recuperar el bien que, por alguna circunstancia se ve en la obligación de enajenar; el retracto convencional va dirigido a retraer la cosa al patrimonio del que ha salido. El distinto fundamento del retracto legal es evidente; el titular del mismo no ha sido, o al menos no ha tenido que ser propietario de la cosa, ésta no vuelve a su patrimonio, sino que llega a él por primera vez, en función de la situación de vecindad, parentesco, comunidad ... en los que se encuentra. La ley, buscando el interés social o económico concede el derecho a quien se encuentra en esa concreta situación; la posibilidad de que este derecho se cree negocialmente es lo que hasta ahora había sido olvidado.

El retracto voluntario sería un derecho establecido por las partes a cuyo tenor, el titular del retracto podría exigir la adquisición de la cosa si el propietario de la misma la hubiera enajenado a favor de un extraño.

Esa omisión ha ido siendo paulatinamente evitada por los autores, quien de modo expreso, se refieren ya a la posible creación de este derecho. Autores, eso sí, partidarios de la acogida por nuestro Derecho del sistema de "numerus apertus"; ello, a excepción de LACRUZ (123) que no siendo defensor del sistema de numerus clausus, afirma no haber objeción alguna para la admisión de este retracto voluntario, así como del tanteo, por no tratarse de nuevos tipos de derechos reales sino de distinta configuración de derechos reales ya establecidos por la ley.



Entre los autores que admiten su existencia se encuentran ALBALADEJO (124) que, con el fin de distinguirlo del retracto convencional, lo denomina retracto voluntario; GARCIA AMIGO (125) utilizando la terminología de negocial, distinguiendo a su vez entre contractual y testamentario, y GARCIA CANTERO (126).

A pesar de la posibilidad de su existencia, la realidad es que se utilizan escasamente, salvo el retracto convencional y la opción. A juicio de ALBALADEJO (127) ello se debe a dos razones:

Primera: hay otros caminos menos engorrosos para conseguir los mismos fines,

Segunda: celebrar un contrato de enajenación o transmitir incluso la cosa existiendo un derecho voluntario de adquirirla, llevaría a uno de estos tres casos:

- que el adquirente ignore la existencia de ese derecho lo que llevaría a la misma situación que si el transmitente incumpliera el contrato por el que se transmitió,

- que no pueda alegarse el derecho de adquisición frente a quien compra,

- que el que pretenda adquirir la cosa sobre la que existe uno de estos derechos, se asegure primero de que no van a ser ejercitados.

#### D) Opción Legal

El problema presentado por la opción es distinto y a la vez más complicado. A diferencia de lo ocurrido con tanteo y retracto legal donde lo que se planteaba era la posibilidad de su creación con origen en el acuerdo de las partes, no existiendo duda alguna sobre su establecimiento legal, el derecho de opción suscita la cuestión contraria; concebido como un derecho creado voluntariamente por los contratantes, de forma anexa a la compraventa, aparecía con carácter dudoso su existencia legal.

GARCIA CANTERO (128) afirma que "en contra de lo sostenido por los autores sobre la no existencia de supuestos de opción legal, existe uno regulado por el artículo 3 de la Ley de 15 de Julio de 1.954, desarrollado por los artículos 4 y siguientes del Decreto de 17 de Diciembre de 1.954, que se conoce con el nombre de derecho de acceso del arrendatario protegido de fincas rústicas. En este sentido, SERRANO Y SERRANO (129) dice que "es un derecho accesorio de arrendamiento de carácter unilateral pues no requiere el concurso del arrendador sino que basta con que el optante, previo pago de una cantidad resultante de capitalizar la renta al 2%, al 3% o fijada por tasación contradictoria, declare su facultad de ejercicio de la opción".

GARCIA AMIGO (130) señala a su vez, otros supuestos de opción legal algunos de ellos controvertidos, como el caso del derecho de acceso a la propiedad mejorada por el arrendatario que lo sea en virtud de arrendamiento forzoso recogido por el artículo 164

de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que es calificado de tanteo por LACRUZ (131), como luego se analizará; o el supuesto del artículo 45 de esa misma ley de 12 de Enero de 1.973 que concede la opción de colindantes para el caso de violación de la unidad mínima de cultivo y que para autores como ALBALADEJO u O'CALLAGHAN (132) tiene la naturaleza de un retracto.

Esta ley de Reforma y Desarrollo Agrario ofrece en el artículo 261 otro ejemplo de opción legal, según ALBALADEJO, para el caso de adquirir la finca colindante o enclavada con el mecanismo de la permuta forzosa (133).

Otro derecho de opción legal es el de redención de censos previsto en los artículos 1.608 a 1.612 y 1.650 y 1.651 del Código civil, y el regulado por el artículo 23 de la Ley de Montes, así como el establecido por los artículos 96 y 97 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1.980 según opinión mantenida por ALBALADEJO (134) en relación a éste último.

En cuanto al derecho a suscribir nuevas acciones regulado por el artículo 39.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1.951 (modificada por el artículo 95 de la ley 19/89 de 25 de Julio de reforma Parcial y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades) podría calificarse de opción legal, salvo por el hecho de que no se trata de enajenación obligatoria para el gravado con el derecho de adquisición, sino que es con ocasión de la enajenación, cuando los titulares del derecho de opción pueden

ejercitar su derecho. Esta dificultad de caracterización como derecho de opción ha sido la que ha llevado a GARCIA CANTERO (135) a entender que en realidad se trata de un tanteo.

#### E) Retroventa legal

Cabe por último hacer referencia a un problema similar al del derecho de opción, y es el de la existencia de la retroventa legal; no se trata de saber si las partes libremente podrán crearlo o no, sino de buscar algún supuesto establecido por la ley.

El mismo error terminológico que produjo el olvido del retracto voluntario ocasionó el de la retroventa legal. Se trataría del supuesto análogo al retracto convencional pero con origen legal, es decir el establecimiento por ley del derecho de recuperar la cosa vendida en favor de una de las partes del contrato de compraventa.

Como ejemplo de esta retroventa legal, cabría aludir, aunque en el ámbito administrativo, a lo establecido por el artículo 54 de la Ley General de Expropiación Forzosa de 1.954 que dispone que "en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante abonando a la

Administración el precio justo".

Asimismo, el artículo 253 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1.973, preceptúa que "si el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario no utilizara a los fines sociales de esta ley, en el plazo de un año contado a partir de la fecha en que se haya realizado el pago del in mueble .... el propietario tendrá derecho de reversión por el mismo precio de valoración..".

En ambos casos, el contrato anterior a esa posibilidad de recuperar la cosa no ha sido, desde luego voluntario, al tratarse de una expropiación, pero ello no afecta al derecho creado por la misma. Hay que señalar, sin embargo una segunda diferencia, y es el hecho de que el derecho de reversión no depende sólo de la voluntad de su titular, sino también de que la administración no ejercite la obra o servicio o que haya porciones sobrantes o que no se afecte lo expropiado al fin social o público propuesto.

Contrario a su identificación con el retracto convencional CANO tras señalar alguno de estos supuestos a los que denomina como derechos de readquisición o de reversión según nazcan de la expropiación o del impago (derecho de los deudores de los Pósitos para recuperar las fincas objeto de adjudicación en pública subasta regulado por el Decreto de 14 de Enero de 1.955), los diferencia del derecho de retracto en base a que el precio de rescate y el de la retroventa no son idénticos; así el precio a pagar por los citados deudores de los Pósitos no es el de remate,

sino el de su deudas inclui dos intereses, cargas y costas.

### 3.- CONCEPTO DE OPCION. CARACTER REAL (ARTICULO 14 REGLAMENTO HIPOTECARIO

Es el derecho real que faculta a su titular para adquirir la cosa objeto de aquél al margen de la voluntad favorable o contraria del propietario de la misma. El titular del derecho de opción puede exigir la transmisión del objeto en el momento que lo desee, sin necesidad de esperar a que su propietario se decida a venderla o la haya vendido ya; tampoco el retrayente convencional ha de esperar, ya se ha señalado, pero el motivo que induce a uno y a otro es distinto porque en tanto el optante busca simplemente la adquisición de algo que le interesa, el retrayente intenta recuperar lo que por algún motivo tuvo que enajenar, pero no desea perder definitivamente.

Su carácter real permite, por otra parte, que el titular pueda dirigirse contra cualquiera que la haya adquirido, adquisiciones que se pueden producir sin que en modo alguno, signifiquen un incumplimiento de la obligación por parte del propietario, cuya voluntad o conducta en nada afectan al derecho de opción.

Ya se ha señalado que, tradicionalmente, se consideraba

solamente la opción voluntaria, sin hacer mención de la legal, de la establecida por la ley en razón de algún fundamento de carácter económico-social ...; pero además existe un segundo problema en cuanto a la configuración real o simplemente personal de este derecho, configuración que es posible si bien como se ha analizado poco recomendable para estos derechos.

DIEZ PICAZO (137) en su postura de no reconocimiento de esta categoría de derechos reales, señala que "es claro que no se otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa y que la opción no puede hacerse efectiva frente a un tercero que la ha adquirido porque el concedente no ha respetado su obligación de no enajenarla mientras estuviese vigente la opción. Habrá una responsabilidad de éste por incumplimiento".

Entre los defensores de su carácter real se encuentra MEZQUITA (138) quien, tras afirmar esa naturaleza real, añade que no puede considerarse simplemente como derecho con vocación real porque es inaceptable que la naturaleza jurídica de un derecho quede al arbitrio de que las partes quieran o no inscribirlo ... el derecho de opción configurado como real, lo es independientemente de la inscripción; SALDAÑA (139) dice que es real incluso por razones prácticas porque de poco serviría al titular como mero derecho personal que en caso de incumplimiento sólo proporcionaría una indemnización y no la cosa que quiere..."

Actualmente ALBALADEJO, GARCIA AMIGO, GARCIA CANTERO, ROCA

SASTRE (140) mantienen la doble posibilidad de configuración del derecho de opción como real o personal. PUIG BRUTAU defiende solamente ésta última (141).

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha vacilado y estimando en ocasiones que era de carácter obligacional (sentencia de 10 de Julio de 1946) que afirmó "que al no estar regulado específicamente en nuestra legislación, está sometida simplemente, conforme ha configurado la jurisprudencia, a las disposiciones generales de la contratación sentencia de 9 de Octubre de 1.987 y en otras de carácter real, así sentencias de 10 de Julio de 1.946, 18 de Enero de 1.947, 5 de Junio de 1.951. La resolución de 27 de Marzo de 1.947 reconoce que "cabe constituir un típico derecho de opción con carácter real, figura cuyo acceso al Registro ha sido ampliamente discutida y que puede, no obstante, ser admitida con un progresivo criterio de la doctrina del *numerus apertus*".

La duda la plantea entonces el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, única disposición legal que se refiere a esta figura "huerfana de regulación específica en nuestro Derecho Civil" (142).

Para los autores que rechazan su naturaleza real, este artículo no es sino la posibilidad de acceso al Registro y por tanto de oponibilidad ante terceros de un derecho que, como en el caso del arrendamiento, es un derecho personal constituyendo una



excepción a la regla general de que en el Registro sólo se inscriben la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles (artículo 2 de la Ley Hipotecaria). Constituye por tanto, la base que demuestra su carácter personal, por no caber el acceso al Registro como los demás derechos reales y por hablarse de él como de un contrato de opción; argumento éste último insuficiente para ALBALADEJO (143) que aduce el hecho de que la legislación hipotecaria habla normalmente de contratos y actos relativos a derechos reales.

Para LACRUZ (144) la opción podrá ser personal, en cuyo caso se tratará de una promesa de venta aceptada mediante contraprestación o sin ella, y real, supuesto que será inscribible en el Registro cumpliendo determinadas condiciones. No cabrá un derecho de opción real que no esté inscrito porque, si bien los otorgantes podrán dotar al derecho de inmediatividad sobre la cosa, no podrán dotar de eficacia "erga omnes" a un gravamen que no comporta posesión ni se le dota de publicidad registral.

Para ROCA SASTRE (145) el derecho de opción a que se refiere el artículo 14 del Reglamento Hipotecario es el de naturaleza personal, en tanto que el derecho de opción con carácter de derecho real, que es como caracteriza este autor los derechos reales de adquisición- es naturalmente inscribible como tal por hallarse comprendido dentro de la amplia fórmula de "los demás derechos reales sobre bienes inmuebles" del artículo 1.1 de la Ley Hipotecaria.

La importancia de que tenga carácter real o personal, continúa este autor, puede repercutir en cuanto a los requisitos especiales para su inscripción. Dice el artículo 14 del Reglamento Hipotecario: "Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1º Convenio expreso de las partes para que se inscriba,

2º Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiese convenido para conceder la opción.

3º Plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años, si bien en el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento".

Si tiene naturaleza personal dice ROCA SASTRE habrá de reunir las condiciones del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y si es real, será inscribible sin más, aunque por analogía y necesidad finalista, se requieran las dos últimas circunstancias exigidas por dicho artículo 14.

ALBALADEJO (146) opina que no sólo deben concurrir los dos

últimos requisitos, sino también el primero (convenio expreso de las partes) por cuanto que una de dos, o si por ser inscribible por su naturaleza real puede ingresar sin ninguno de los requisitos el artículo 14 o si se mantiene que, a pesar de serlo debe cumplir los dos últimos no hay razón para excluir el primero.

ROCA SASTRE (147) sin embargo, insiste en que la necesidad de ese convenio sólo encuentra su significado en el derecho de opción personal, porque de no exigirse, cabría que una de las partes por su propia decisión unilateral lograra por la inscripción una relevancia respecto a posteriores adquirentes que no fue prevista. En el real, al no plantearse la cuestión, por tener ya efectos "erga omnes", alcanzaría la zona del ridículo pensar que el derecho de opción de trascendencia real no pueda acceder al registro sin el convenio expreso de inscripción. LA RICA (148) añade que esa cláusula ha de constar en el otorgamiento de escritura pública correspondiente, y que nada obsta para inscribir la opción a que tal consentimiento se haya producido después del contrato de opción.

Además de este primer requisito, analizado a través de las opiniones de ALBALADEJO Y ROCA SASTRE, cabe examinar con este último autor los otros dos estipulados por el artículo 14, debido a la importancia que para la determinación de la naturaleza jurídica de la opción tiene:

- Precio estipulado para la adquisición de la finca, y, en

su caso, el que se hubiese convenido para conceder la opción.

El primer precio es el que, de ejercitarse la opción, hará de precio de la potencial compraventa, por lo que no puede faltar; el segundo es la prima que se abona a veces y que, consecuentemente puede no aparecer si la opción es gratuita. Para ROCA SASTRE (149) este precio aparentemente inofensivo no lo es, por cuanto que puede contribuir a "ahuyentar posibles adquirentes debido a la inseguridad que ésta significa para terceros adquirentes por la dosis de clandestinidad que encierra".

- Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años", si bien "en el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento".

Es lógico que en la opción de compra se establezca un plazo máximo de vigencia, porque sería perturbador su duración indefinida. Existen, en este sentido, numerosas sentencias, así de 23 de Mayo de 1.946, 27 de Febrero de 1.950, 3 de Junio de 1.951, 21 de Noviembre de 1.963, 7 de Julio de 1.986; resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de Noviembre de 1.987.

Además de estos requisitos, el derecho personal de opción de compra, según la configuración que da a esta institución del artículo 14 del Reglamento Hipotecario ROCA SASTRE (150), deberá

cumplir las circunstancias generales de toda inscripción normal.

No hay que olvidar que este derecho personal de opción por acceder al Registro tiene efectos contra terceras personas, de forma que a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción le afectará o perjudicará la existencia de este derecho, lo cual no supone que deje de ser personal. La inscripción registral no convierte su naturaleza jurídica personal en real.

\*

\*

\*

Establecido su carácter real, son muchos los autores que ven una similitud entre derecho de opción y retracto convencional, hasta el punto de incluir a éste como supuesto convencional -por cuanto es libremente pactado por las partes, aunque previsto por la ley- del derecho de opción.

El titular del retracto convencional no ha de esperar a que el propietario se decida a vender la cosa, sino que por su propia voluntad, podrá exigir la adquisición de la misma, lo que supone la característica básica del derecho de opción. No existen en estos casos terceros a quienes adelantarse, de ahí que haya autores que no reconozcan el carácter preferente de estos derechos; la preferencia dicen, supone la actuación de terceros que aquí no existen. La preferencia, sin embargo es absoluta, frente a todos.

El retracto convencional sería un tipo especial de derecho de opción, al suponer un retraer de la cosa al patrimonio del titular, inexistente en el resto de los supuestos de opción. Tal diferencia, con origen en la consumación de un contrato de compraventa previo entre las partes no es obstáculo para la inclusión del retracto convencional en el derecho de opción.

GARCIA AMIGO (151) señala que la regulación concreta que del retracto convencional hace el Código Civil encaja perfectamente en el concepto de derecho de opción, haciendo resaltar que la duración de este derecho sometido a un plazo de caducidad típico en los derechos reales, coincide con el que la opción tiene establecido: cuatro años (artículo 1.508 del Código Civil y 14 del Reglamento Hipotecario respectivamente), y que en el derecho de opción ha de haber un precio estipulado de antemano y en el retracto se regula la necesidad de reembolsar el precio de venta (y por tanto está también fijado de antemano).

En el mismo sentido, LACRUZ (152) distingue en el derecho de opción, la opción a favor del vendedor (retracto) y opción atribuida a una persona con independencia de cualquier otro negocio o circunstancia.

A su vez, GARCIA CANTERO (153) dice que "el vendedor que por la consumación de la compraventa se ha despojado de su dominio, conserva únicamente una opción real sobre la cosa vendida que es en lo que consiste cabalmente su derecho de retracto convencional.

DEL MORAL Y LUNA (154), por su parte, afirma no haber diferencia esencial desde el punto de vista práctico, lo que ocurre es que si el pacto de retro comporta un derecho de opción para el vendedor, la opción es un retracto convencional a favor de un tercero, añadiendo con una gráfica expresión que "tanto monta el derecho de opción a favor del vendedor, como el retracto convencional a favor del tercero".

Dada la importancia de esta configuración como derecho de opción del retracto convencional, se analizará con mayor profundidad en el capítulo primero correspondiente al concepto del derecho de retracto.

#### 4.- CONCEPTO DE TANTEO

##### A) En general

Ambos derechos de tanteo, el legal y el voluntario, consisten en la facultad de adquisición preferente de una cosa por el mismo precio (por el tanto) y en idénticas condiciones en que iba ser enajenada a otro. En el caso del legal, habrá sido establecido por la Ley, en el caso del voluntario, por pacto entre las partes.

El tanteante dice ALBALADEJO (155) desplaza a un tercero con

quien el dueño había celebrado ya el contrato y se subroga en su puesto, existiendo una única transmisión a favor de dicho tanteante.

CAMY SANCHEZ CANETE lo define como el derecho real que otorga a su titular preferencia para adquirir por la cantidad que se pretenda enajenar, si la transmisión lo es por precio, o por el valor que ella tuviera al transmitirla si no mediara aquel (156).

Al no haberse consumado la enajenación, el tanteo tiene sobre el retracto la ventaja de que no hay que hacer y deshacer nada; pero ofrece, como luego se analizará, enormes facilidades para el fraude o la simulación, bien de la persona del comprador, bien de las condiciones del contrato.

La diferencia que le separa del retracto es el momento en que cada uno de ellos ha de ser ejercitado, de ahí que numerosos autores entiendan que uno y otro no son sino dos fases de un mismo derecho, cuya línea fronteriza es la consumación del contrato, si se ejercita antes de la consumación se tratará de un tanteo, si se ejercita después será un retracto.

El tanteo supone en consecuencia, que la cosa siga en poder del dueño gravado, si bien hay un posible comprador que ha ofrecido el precio aceptado por el vendedor; señala LACRUZ (157) que no parece que los llamados tratos preliminares sean suficientes, requiriéndose la perfección consensual del contrato



y circunstancias sobre las que ha de recaer el consentimiento perfeccionador; no ha debido de haber tradición en ninguna de sus manifestaciones.

B) Conversión del derecho de tanteo en retracto en función del plazo de ejercicio

Si se tiene un derecho real de tanteo, éste puede ser ejercitado a lo largo de todo el periodo fijado legal o negocialmente, no importa en poder de quien esté la cosa; mientras el plazo de ejercicio esté vigente porque todavía no haya caducado, podrá hacerse efectivo el derecho de tanteo aunque el propietario haya incumplido su obligación y haya enajenado la cosa gravada con el derecho real de adquisición a persona distinta al titular de éste.

En relación a este supuesto, la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 48.1 habla de conversión del tanteo en retracto por entender que, consumada la compraventa, quien tenía el derecho de tanteo pasa a tener el de retracto, pues es éste el que corresponde una vez consumada la enajenación.

Sin embargo no se trata realmente de conversión de un derecho en otro, sino que, por su propio carácter real, puede ser utilizado incluso después de haberse consumado el contrato a favor de persona distinta, en contra de quien tenga la cosa

objeto del derecho, siempre y cuando su plazo de ejercicio no haya caducado. El tiempo para ejercer entonces ese tanteo sería, a juicio de ALBALADEJO (158) el mismo que se concedería para el retracto, aunque las obligaciones que pesaran sobre el tanteante no serían las mismas que tendría el retrayente.

GARCIA AMIGO (159) señala que lo esencial de los momentos en los que operan uno y otro no condicionan la existencia de los derechos, eliminando el retracto al tanteo, sino que juegan para ambos en orden a determinar el comienzo del plazo de ejercicio; la consumación de la venta que supone el comienzo del plazo del retracto, no supone la extinción del de tanteo, pudiendo coincidir al menos en parte, los plazos de ejercicio de ambos derechos.

En distinto sentido se expresa CANO (160) al afirmar que "tras la consumación de la enajenación, lo que se ejercita es un retracto y no un tanteo"; también este autor configura el fenómeno de la conversión como algo diferente, al entender por tal la existencia simultánea de tanteo y retracto (supuesto de la enfiteusis); la coetaneidad de ambos derechos es, para él, un caso de continuidad.

Lo que si es cierto es que la transmisión del objeto del derecho de tanteo antes de expirar el plazo establecido para su ejercicio, supone tanto en el caso de concesión acumulativa como subsidiaria del derecho de retracto, el ejercicio de éste.

### C) Configuración de tanteo y retracto como un sólo derecho

Como se ha venido diciendo, la única diferencia temporal entre uno y otro derecho, ha conducido a un gran número de autores a entender que tanteo y retracto no son dos derechos, sino simplemente, dos fases de un mismo derecho, dos fases que, por otra parte, no debieran ser concedidas acumulativamente, sino de forma subsidiaria; es decir, a falta de notificación por parte del propietario de su intención de enajenar la cosa y de las condiciones ofrecidas por terceras personas (y que él está dispuesto a aceptar) y en consecuencia ante la imposibilidad de ejercitar su derecho de tanteo, el titular podría, y sólo en ese supuesto, ejercitar el derecho de retracto. Con ello, además terminaría la cuestión sobre la existencia de los dos derechos durante un periodo de tiempo limitado en los casos de incumplimiento de las obligaciones del propietario, o de la conversión del uno en el otro.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1.901, duramente criticada por RIAZA (161), analiza la relación entre los derechos de tanteo y retracto, señalando que "no son (las palabras tanteo y retracto) rigurosamente sinónimas, porque el primero implica la obligación de que el vendedor avise al titular del intento de enajenar la cosa, con declaración del precio definitivo que se haya ofrecido, para que pueda tomarla por el mismo tanto; y el segundo consiste en la facultad de rescindir la venta y quedarse el retrayente para sí, por el mismo precio, la cosa vendida; pero está fuera de duda que el tanteo,

cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos, por tender a igual finalidad, o sea, a la preferencia que aquellos conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que, a quien tiene el derecho de tanteo, asiste también el de retracto, porque si así no fuera y se concediese el tanteo sin el retracto, podría fácilmente eludir el aviso y quedaría sin efecto la preferencia para conseguir la cual puede ejercitarse la acción lo mismo ofreciendo el tanto antes de la consumación de la venta, que intentando el retracto de la finca ya vendida".

COMAB apoya tal opinión, si bien mostrándose partidario de la existencia de un único derecho de tanteo, y considerando el retracto como una sanción para el supuesto de incumplimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio del tanteo: "la necesidad del retracto sólo es justa cuando el tanteo no haya podido utilizarse; mejor dicho, como sanción de la circunstancia de haberse prescindido en la enajenación de los requisitos previos y necesarios para el ejercicio del tanteo" (162). Caracterización del retracto que asimismo se encuentra en AGUILAR Y GARCIA que literalmente afirma al referirse al retracto "el derecho de tanteo necesitaba una sanción legal" (163).

RIAZA sin embargo, se opone a considerar el retracto como una sanción, y si bien entiende preferible la existencia de un derecho de tanteo, "medicina menos enérgica, de no tan perturbadores efectos como otras que pueden utilizarse para la

obtención de la salud", niega la posibilidad de que el retracto sea calificado como sanción, ya que, de serlo, se aplicaría a quien realmente no tiene la "culpa", el tercero que ha adquirido la cosa objeto del derecho (164). No se pueden equiparar -continúa diciendo- ambos derechos, pues el Código Civil habla de dos derechos distintos, sin que la igualdad de finalidad pueda ser causa de que se consideren tácitamente concedidos en uno y otro caso (165).

Tampoco para PASCUAL QUINTANA cabe su equiparación: "lo que es inexacto es pretender que el derecho de tanteo pueda situarse en igual plano jurídico que el derecho de retracto; cierto es que éste es corolario de aquel; que existe entre ellos determinadas analogías, y que en lo que se refiere a la ley de Arrendamientos Urbanos guardan una íntima relación, pero no gozan del mismo contenido porque el tanteo es un presupuesto previo no preceptivo, al retracto, no tiene consistencia ni entorpece el ejercicio de éste; .... por ende, en ningún aspecto se encuentran caracteres que denoten su naturaleza real, resalta más su naturaleza personal, dado que lo único que supone es una deferencia, un trámite de cortesía a favor del inquilino ...; no puede llegar a establecer un contacto directo con la cosa que fuerce a su adquisición (166).

PEREZ GONZALEZ y ALGUER entienden que el concepto de tanteo está mejor empleado en sentido amplio, como versión española de "vorkauf", es decir incluyendo tanteo y retracto, que en el sentido restringido que impropiamente se le da en nuestro

Derecho; afirman además que la diferencia que se establece entre uno y otro se reduce al momento de su ejercicio, pudiendo ser considerados como dos oportunidades para el mismo (167). Así también lo considera SANTOS BRIZ (168) al señalar que son "dos fases distintas de un mismo derecho: mientras el tanteo es el derecho de preferencia que tiene el titular para subrogarse en el lugar del futuro comprador, el retracto es un derecho de preferencia que atribuye a su titular la facultad de subrogarse en el lugar del que ha adquirido una cosa.

ROCA SASTRE (169) por su parte, los califica bajo la denominación genérica de tanteo legal en sus dos fases, pre y post. ESPIN (170) afirma que "la coincidencia en el modo de operar les confiere una fisonomía análoga y estrecho parentesco manifestado en su inevitable conexión temporal y esencial; temporal porque si no existe el tanteo obligaría a operar sobre una transmisión ya efectuada que podría haber evitado; si lo que no existiera fuera el retracto, podría frustrarse la eficacia del tanteo.

GARCIA CANTERO (171) los considera también como dos fases "aunque la ley en ocasiones concede la facultad de retraer guardando silencio sobre el tanteo. A todo derecho de tanteo le corresponde un retracto, aunque no acumulativamente, y a todo derecho de retracto le debiera corresponder un tanteo".

En contra de esta postura, de esta única sustantividad, defendida también por DEL MORAL Y LUNA (172), GARCIA AMIGO (173)

considera que las distintas exigencias y gastos que uno y otro conllevan, así como la mayor garantía que ofrece el retracto, hacen conveniente mantener la separación entre ellos .

Esta configuración de dos fases del mismo derecho ha llevado a autores como ALBALADEJO, BADENES GASSET y PUIG BRUTAU (174) a considerar inútil la concesión acumulativa de ambas y a defender la concesión del retracto con carácter únicamente subsidiario, para evitar de ese modo, que el titular del tanteo pudiendo ejercitarlo no lo haga y espere al momento de transmisión de la cosa al adquirente, para ejercitar el retracto con las consiguientes perturbaciones y perjuicios. A ello, sin embargo argumenta SERRANO Y SERRANO (175) "que la conveniencia general se sobrepone con decisivo imperio y hay que mirar, si vale la expresión, hay que colmar de facultades a quien pueda servirla, aunque a la vez que se la sirve salga ganancioso y quebrantado un interés particular, el del comprador".

Es indudable que desde un punto de vista funcional, conviene más el tanteo porque procura menos molestias y gastos, pero en cambio, el retracto presenta una gran ventaja como es que facilita impedir fraudes en el precio mediante la simulación del propietario y un tercero que por ofrecer una cantidad no se compromete a nada.

La solución preferible para ALBALADEJO (176) sería la concesión única del tanteo, por cuanto que evitaría dejar realizar la enajenación proyectada para luego provocar una

segunda enajenación, o dejar el ejercicio del derecho de adquisición al capricho del titular.

Esta calificación única de tanteo a los dos tradicionales derechos, serviría además para que, de modo indirecto, se obviara el error terminológico tantas veces mencionado, sufrido por el mal llamado retracto legal. Si dicho retracto pasara a ser la segunda fase de un derecho genérico de tanteo, quedaría la denominación de retracto para la figura que realmente lo es.

\*

\*

\*

Debido a esa enorme igualdad entre uno y otro derecho, el tratamiento de ambos no puede ir de forma independiente, de ahí que no quepa sino hacer una remisión a lo estudiado para el retracto legal en cuanto a su carácter de límite de Derecho Público.

#### D) Supuestos de tanteo legal

En lo relativo a los supuestos en los que este derecho de tanteo legal es concedido, también hay que remitirse a lo analizado con ocasión del retracto, aunque no en todos los casos, sólo en los que existe una concesión acumulativa, y por tanto retracto y tanteo son concedidos al titular sin necesidad de que se produzca la imposibilidad de ejercicio de uno para poder ejercitar el otro; y en los de concesión subsidiaria en los que



sí resulta necesario el imposible ejercicio del tanteo para la utilización del retracto.

Sólo en dos supuestos y no unánimemente admitidos, cabe el derecho de tanteo sin que se conceda el de retracto. Estos son:

- El previsto por el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de Julio de 1.953, a cuyo tenor "el socio que se proponga transmitir inter vivos su participación social a personas extrañas a la sociedad deberá comunicarlo por escrito a los administradores, quienes lo notificarán a los socios en el plazo de 15 días ... Para el ejercicio de este derecho de tanteo, el precio de venta, en caso de discrepancia, será fijado por tres peritos nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo o si éste no se nombra, por el juez".

GARCIA AMIGO (177) entiende que si es al tanteo a la figura que más se asemeja, no es en realidad tal derecho, por no ser el precio de la adquisición el tanto ofrecido o concertado por el tercero.

- Supuesto del artículo 164 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1.973 que prevé el derecho de acceso de la propiedad de la finca mejorada por el arrendatario que lo sea en virtud de arrendamiento forzoso, calificado por LACRUZ (178) como derecho de tanteo aunque añadiendo después: "en realidad, como dice GARCIA AMIGO, este derecho de adquisición es intermedio entre tanteo y opción

legal". Así GARCIA AMIGO (179) dice que es opción en cuanto su ejercicio no depende de la voluntad de enajenar del dominus, y tanteo por cuanto que establece preferencia frente a terceros por el tanteo ofrecido por éstos".

Sin olvidar el derecho regulado por el artículo 39.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951, caracterizado matizadamente como opción por GARCIA AMIGO (180) y como tanteo por GARCIA CANTERO (181).

## 5.- CONCEPTO DE RETRACTO

### A) En general

No han sido pocos los intentos de dar un concepto omnicomprensivo del retracto. Así ALBALADEJO (182) dice que "es el derecho que faculta para adquirir una cosa después que fue transferida a otro, por lo que éste dió por ella"; O'CALLAGHAN (183), que "es el derecho sobre una cosa que permite adquirirla en caso de que se haya transmitido onerosamente a un tercero".

Sin embargo, estos intentos carecen de sentido si en una figura como el retracto se pretende incluir el retracto legal, el voluntario, el convencional y la retroventa legal.

Cabría no obstante, un concepto único para retracto legal y voluntario, y otro para retracto convencional y retroventa, por ser entre ellos, figuras análogas con la única diferencia de tener un origen distinto: el establecimiento por ley o por voluntad de las partes.

El retracto legal no es sino el derecho atribuido por ley a personas que se encuentran en determinadas circunstancias (parentesco, vecindad, comunidad ...); este derecho les faculta para adquirir con preferencia a cualquier otro la cosa objeto de este derecho; el retrayente sólo podrá ejercitarlo cuando se haya producido y consumado la enajenación. Ese mismo derecho pactado por las partes como modo de regular las relaciones existentes entre ellos, será el retracto voluntario.

Retracto convencional es el derecho atribuido voluntariamente por las partes del contrato de compraventa, a uno de ellos, en virtud del que su titular tiene el poder de readquirir lo vendido en las condiciones estipuladas en el negocio jurídico en que se constituye o, en su defecto, en el artículo 1.518 del Código Civil. La retroventa legal atribuirá este mismo derecho de recuperar lo que se ha enajenado y por tanto salido del patrimonio, pero por voluntad de la ley.

Siendo el retracto voluntario y el convencional el objeto de la presente tesis, queda su estudio para más adelante, realizando una somera referencia al retracto legal y a alguno de los

problemas que plantea.

\*

\*

\*

El retracto legal junto con el convencional, es regulado en el articulado del Código Civil; aquél concretamente en los artículos 1.521 a 1.525, si bien el primero y el último (1.521 y 1.525) son de carácter general. El artículo 1.521 intenta dar una definición del retracto legal y el 1.525 se remite a la normativa del convencional en cuanto a las obligaciones del vendedor y a las atribuciones del comprador (artículo 1.511: sustituir al vendedor en todos sus derechos y acciones).

No sólo el Código Civil contiene regulación del retracto legal sino que otras muchas disposiciones de carácter especial (Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos ...) establecen la normativa a aplicar a cada uno de los distintos retractos legales existentes.

Por otra parte, y para mejor comprender la naturaleza jurídica de este derecho, señala ROCA SASTRE (184) la importancia del artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria, según el que "se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos ... las acciones de retracto legal en los casos y términos que las leyes establezcan". Precepto del que hay que deducir:

- que afecta a terceros adquirentes, aunque estén protegidos por la fe pública del Registro que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria,

- que el retracto legal no necesita de la publicidad registral para operar. Aunque ello no es expresamente recogido por el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, lo presupone y además es el criterio que inspira el artículo 26.1 de la citada ley y el 5.3 de su Reglamento.

#### B) Derecho real o límite de la propiedad

Tanteo legal y retracto legal plantean el problema de si su naturaleza es de derecho real o simplemente de meros límites de la propiedad. En base a que son otorgadas por ley a aquellas personas que se encuentran en determinadas circunstancias, movida por razones de tipo económico y social principalmente, algunos autores, ROCA SASTRE, ESPIN, LACRUZ (185) así como el Tribunal Supremo (sentencia de 17 de Diciembre de 1.955), ven en estos derechos simples límites a la propiedad a modo de cargas de Derecho Público, porque aunque pueden redundar en provecho de particulares, siempre están motivadas por el interés social o general. La sentencia citada dice textualmente : "limitaciones a modo de cargas de Derecho Público, pues aunque puedan redundar en derechos de particulares están motivadas por el interés general, no constituyen desmembración del dominio sobre el que actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que

aquellos derechos suponen como cargas que integran su pasivo, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo".

Para ROCA SASTRE (186) "no tiene naturaleza real, es algo distinto porque al crearlos, la ley se mueve por razones de interés general o público. Al igual que otras restricciones, limitaciones y prohibiciones se imponen de modo absoluto por su propia esencia; actúan a la manera de cargas de Derecho Público que escapan a la esfera de Derecho Privado, más que limitaciones, prosigue, son delimitaciones que precisan las fronteras jurídicas naturales determinantes de hasta donde llega el poder del titular del dominio.

No mantiene idéntica postura ESPIN (187) quien a pesar de calificarlos también de cargas de Derecho Público, sostiene su carácter real basándose en el artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria que exceptúa de la regla general de que no se darán contra terceros hipotecarios las acciones rescisorias y resolutorias, las acciones derivadas del retracto legal en los casos y términos que las leyes establezcan. La eficacia "erga omnes" se lleva al límite máximo de inclinarse a favor del retrayente en contra del tercero hipotecario, por entender que al estar establecido por la ley debía ser conocido por él.

También LACRUZ (188) observa la dificultad efectiva de su tratamiento y recogiendo su carácter de posibles limitaciones legales del dominio, no lo cree incompatible con su naturaleza de

derechos reales: son limitaciones del dominio establecido por el interés general que confieren a un titular particular, un derecho subjetivo recayente sobre la cosa objeto de aquel derecho, consistente en un poder adquisitivo para el supuesto de enajenación.

\*

\*

\*

Mantenida su posible cualidad de limitación, resulta necesario referirse a la matización terminológica realizada por ALBALADEJO (189) entre limitaciones y límites. Estos, dice este autor, son las fronteras el punto normal donde llega el poder del dueño, el régimen ordinario de restricciones a que está sometido un poder"; aquellas por el contrario, son restricciones especiales del poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa. Y es al primer grupo, al de los límites al que pertenecen los retractos legales; por estar establecidos por ley constituyen el régimen normal de fronteras d el dominio.

Tambien O'CALLAGHAN (190) recoge esta distinción entre límites y limitaciones, haciendo a su vez otras subdistinciones entre los límites;

- límites institucionales: se derivan de la propia naturaleza del derecho de propiedad, aun sin disposición legal concreta. Son de carácter positivo -abuso del derecho y actos de emulación- y de carácter negativo -ius usus inocui-.

- límites en interés privado: relaciones de vecindad, medianería, y los derechos de tanteo y retracto legales.

- límites de interés público: más de Derecho Público que de Derecho Privado, vienen dados por razón de las personas (relativos a extranjeros), por razón del objeto (referentes a las riberas de los ríos, patrimonio artístico-nacional), por razón del destino o actividad (defensa nacional, protección del medio ambiente, comunicaciones públicas, conducción de energía eléctrica, zona marítimo-terrestre y urbanismo).

Las limitaciones por su parte, restringen el poder que tiene el propietario en el caso concreto que sufre la limitación. Son esencialmente los derechos reales en cosa ajena (salvo los establecidos directamente por ley como los retractos y tanteos legales que son límites) las servidumbres legales o administrativas, las prohibiciones de enajenar (restricciones, total o parciales, a la libre disposición del dueño).

C) Efectos del ejercicio del retracto legal: resolución / subrogación

Se plantea si el retracto legal supone simplemente una subrogación o por el contrario produce la resolución de la adquisición consumada que da origen a su ejercicio.

El artículo 1.506 lo califica, como al supuesto del retracto



convencional, como modo de resolución de la venta, mientras que el 1.521, al intentar definirlo, habla de "derecho de subrogarse".

No aparece claramente regulado en el Código Civil, y tampoco entre la doctrina existe acuerdo sobre ese aspecto. COMAS (191) dice que el retracto, por su especial naturaleza jurídica, no consiste en la mera subrogación de un comprador por otro, dejando a salvo el acto de enajenación y por lo mismo sus condiciones, sino en la formalización de una nueva adquisición resolutive de la anterior".

VISO considera el derecho de retracto como aquel que compete a ciertas personas "para adquirir por el mismo precio la cosa que otro ha vendido rescindiendo el contrato respecto al comprador en cuyo lugar se subroga ...."(192)

SANCHEZ ROMAN entre los efectos jurídicos generales de los retractos legales destaca la rescisión de la venta y la nueva venta a que da lugar el retracto (193).

Frente a estos autores, sin embargo, hay quienes no ven en el retracto una resolución de la transmisión ya perfecta, sino una subrogación del retrayente en lugar del comprador. Entre los autores representativos de esta segunda postura, se encuentra RIAZA quien tras un profundo y laborioso estudio de las posturas entonces mantenidas, concluye por afirmar que "el que retrae se subroga en el lugar del que adquiere, y se subroga sustituyéndole

en un todo. Sólo cambian las cualidades personales y nombre del adquirente, permaneciendo inalterable el contrato" (194).

Partidario de esta última postura aparece también POTHIER (195) quien habla de un retracto legal con efectos de subrogación y no resolutorios. Afirma que el retracto no tiende nunca a la rescisión o destrucción de un contrato, sino a subrogar en todos los derechos resultantes del mismo la persona del retrayente o la del comprador sobre quien el retracto se ejerce.

ESPIN, BORRELL Y SOLER (quien habla de novación impuesta por ley, en la que únicamente cambia el adquirente) MANRESA, SCAEVOLA-BONET (196) se encuentran en esta misma línea, introduciendo además este último autor el matiz de que el retrayente es el sucesor del transferente no del retraído que es como si nunca hubiese actuado de adquirente, apartado con los efectos aniquiladores de una condición resolutoria.

El retrayente sustituye al adquirente, se subroga en su lugar y figura como primer adquirente; se limita, según PUIG BRUTAU (197) a "resolver el derecho del primer comprador que es cosa distinta a la resolución del primer contrato, que permanece".

También la jurisprudencia mantiene esta postura; así sentencias de 11 de Octubre de 1.905, 31 de Mayo de 1.918, 28 de Enero de 1.950, 24 de Abril de 1.951, 22 de Febrero de 1.956 y 2 de Enero de 1.961; ésta última sentencia, citada ya al hablar del tanteo como derecho unificador del tanteo y retracto, señala que

"el retracto es el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, y el tanteo, tiene el mismo contenido antes de consumarse la enajenación.

Una tercera postura es la que abandona tanto la idea de la resolución como la de la subrogación, sosteniendo la necesidad de una transmisión entre el tercer adquirente y el retrayente. FALCON (198) se anticipaba en 1.879 a lo mantenido ahora por ALBALADEJO afirmando a propósito de los retractos de comuneros y colindantes que los retrayentes tendrán derecho a compeler al comprador para que les revenda lo que compró, abonándole el precio y los gastos.

ALBALADEJO al definir el retracto y el momento de su ejercicio señala que "como quiera que el contrato entre el dueño de la cosa y el tercero se consumó ya por la entrega de la misma, que por ello dejó de ser de aquel y pasó a serlo de éste, no es posible que el retrayente pueda ocupar en tal contrato el puesto del tercero para que la transferencia de la cosa se realice a su favor en lugar de al de éste, sino que sólo es posible imponer una nueva transmisión del tercero al retrayente (199).

Siguiendo a ALBALADEJO, GARCIA CANTERO (200) analiza el artículo 1.521 concluyendo:

- Primero: se produce una subrogación legal del retrayente en lugar del adquirente, "ope legis", al margen de la voluntad de

los que intervinieron en la transmisión inicial.

- Segundo: la subrogación ha de ser en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, aunque la palabra condición no haya sido utilizada en sentido técnico, sino como cláusula en la que se pacta la transmisión que dió lugar al retracto, esencialmente el mismo precio y las mismas obligaciones; precio que será el real (no el ficticio que pudo hacerse constar para eludir los impuestos, por ejemplo) aunque el verdadero valor de la cosa fuera superior o inferior a dicho precio (sentencia de 8 de Marzo de 1.942, 26 de Enero de 1.953, 22 de Diciembre de 1.956 y 29 de Mayo de 1.957).

GARCIA CANTERO (201) pone de relieve que lo que hay no es ni resolución ni subrogación, sino que el retrayente adquiere del adquirente mediante una nueva transmisión del dominio; posición que comparte también O'CALLAGHAN (202), y a la que LACRUZ (203) opone un razonamiento de tipo fiscal: no se paga dos veces el impuesto de transmisiones.

ALVAREZ MARTINEZ (204) en un intento conciliador entre resolución y subrogación, entiende que ambas se producen: por aquella desaparece el intermediario, por ésta se coloca en la posición vacante.

#### D) Enumeración de las clases de retracto legal

Son muchos -excesivos dice ROCA SASTRE (205), añadiendo que

su proliferación ha de ser frenada si se quiere mantener la libre contratación de inmuebles-, y con fundamentos muy distintos, los retractos establecidos legalmente, de ahí que su enumeración sistemática haya sido intentada conforme a numerosos y varios criterios: en función de la ley reguladora (Código Civil, leyes especiales), por la concesión exclusiva del retracto o conjunta con el tanteo ...

Siguiendo el criterio utilizado por GARCIA AMIGO (206)) a tenor de la función económico social que realizan, cabe distinguir los supuestos siguientes:

Primero: Por comunidad.

Para facilitar la terminación de las situaciones de comunidad (sentencias de 26 de Diciembre 1.963, de 24 de Enero de 1.986 -A.C. 363/86-) que el Derecho, siguiendo el Derecho Romano considera antieconómicas y perjudiciales por los conflictos que en cuanto su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños), el legislador atribuye el derecho de retracto a los comuneros frente a terceros extraños a la comunidad, disminuyendo así el número de coparticipes.

Con este fundamento se encuentran:

- el retracto de comuneros previsto en el artículo 1.522 del Código Civil (sentencia de 12 de Diciembre de 1.986 -A.C. 203/87-)

- el retracto de coherederos previsto en el artículo 1.067 del Código Civil,

- dos situaciones "sui generis" de comunidad reconocidas por el Tribunal Supremo, aplicando por analogía lo dispuesto para la comunidad de bienes:

1º) Caso de la propiedad separada rústica (derecho de aprovechamiento de un mismo fondo, derecho de suelo, de siembra, de pastos ...) reconocido por sentencia de 9 de Marzo de 1.893 ("el retracto legal tiene por objeto refundir en una sólo persona el dominio pleno de una finca evitando los inconvenientes que la desmembración del mismo produce, para la facilidad de las transmisiones y el desarrollo de la riqueza inmueble") y sentencia de 7 de Julio de 1.903 ("esos mismos disfrutes, el de hierbas, pastos y agostadores por un lado, y el de siembra en determinados sitios por otro, sobre una misma cosa ... engendran una relación jurídica análoga (a la de comunidad) para los efectos del retracto.

2º) Caso de enajenación de las cuotas de gananciales cuando se efectúan por el tiempo que va desde la disolución del matrimonio a la liquidación de la sociedad; declara la sentencia de 2 de Junio de 1.951 que existe una copropiedad de derechos, pudiendo ejercer los condominos cada uno por separado para sí singularmente el derecho de retracto sobre los derechos que se enajenen de esa comunidad con arreglo a un derecho que reconoce el artículo 1.522 del Código Civil.

En el ámbito mercantil existe el derecho de tanteo y retracto para la comunidad de propietarios de un buque (artículo 575 del Código de Comercio).

Segundo: Por propiedad dividida

Por la conveniencia de que desaparezca la división del dominio considerado como un mal económico, se prevén los derechos de tanteo y retracto a favor de cada uno de los titulares.

Dentro de este grupo hay que distinguir:

- el derecho de tanteo y acumulativamente el de retracto enfiteúticos previstos en los artículos 1.636 y siguientes del Código Civil;

- el derecho de tanteo y acumulativamente el de retracto en el supuesto de foros y otros gravámenes como consecuencia de la remisión del artículo 1.665 a la normativa de censos enfiteúticos;

- derechos de tanteo y retracto acumulativamente, en el supuesto de superficie urbana si es por tiempo indefinido. No hay retracto legal si es temporal o está sometido a la ley del Suelo;

- tanteo y retracto para el caso de derecho independiente sobre plantaciones establecido en el artículo 1.656 del Código

Civil;

- tanteo y retracto para el arrendador de local de negocio en caso de traspaso por el arrendatario, regulado en el artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (texto refundido aprobado por Decreto de 24 de Diciembre de 1.964).

### Tercero: Por vecindad de fundos

Para remediar la división excesiva de la propiedad de fincas rústicas (sentencias de 18 de Noviembre de 1.960 y 4 de Noviembre de 1.977) se prevé en el artículo 1.523 del Código Civil el derecho de retracto de colindantes "inspirado en la necesidad de reunir los pequeños predios rústicos a otros de su misma especie. Remediando el obstáculo que la propiedad dividida opone al desarrollo del cultivo agrícola" (sentencia de 30 de Junio de 1.965, 29 de Octubre de 1.985 -Actualidad civil 67/86-, 13 de Febrero de 1.987 -Actualidad Civil 384/87-). Expresamente lo recoge la Exposición de Motivos de la Segunda edición del Código Civil al afirmar que "su finalidad está en facilitar con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial".

Cabe incluir en este apartado, a pesar de la opinión de LACRUZ y GARCIA AMIGO (207), pero siguiendo a ALBALADEJO y O'CALLAGHAN el derecho de adquisición concedido a los colindantes de fincas que se dividen infringiendo la ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1.973 (artículo s 44 y



siguientes).

Cuarto: Por interés social

Respondiendo a la llamada función social objetiva de la propiedad se reconocen:

- derecho de tanteo y subsidiariamente de retracto para el inquilino de vivienda, y el arrendatario de local de negocio (artículos 47 a 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), con el fin de facilitar el acceso a la propiedad del inquilino (sentencias de 27 de Marzo de 1.967, 9 de Mayo de 1.969).

- retracto subsidiario al tanteo para el arrendatario o aparcero profesional de la agricultura que no sea propietario de más de 20 hectáreas de regadío o de 200 de secano según los artículos 84 a 89 y 118 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de Diciembre de 1.980.

- retracto subsidiario al tanteo para el caso de enajenación onerosa de la explotación familiar según el artículo 38 del Estatuto de la Propiedad familiar Agraria y de los agricultores jóvenes de 24 de Diciembre de 1.981.

#### E) Retracto de créditos litigiosos

No queda sino distinguir esta figura del llamado retracto de

créditos litigiosos, regulado en los artículos 1.535 y 1.536 del Código Civil.

No es un verdadero derecho de retracto legal, pues observa SANTOS BRIZ (209), se trata de una facultad que recae sobre un derecho personal o de crédito; la facultad del deudor extingue el derecho de crédito contra él. El modo de contar el plazo para ejercitar el retracto arranca desde que el nuevo acreedor reclama el pago del crédito que se le ha cedido, y no desde la transmisión.

El fundamento de esta institución se halla en evitar que alguien pueda ser demandado por quien pagó un precio inferior al importe de la deuda, combatiendo una práctica abusiva: la de quienes se dedican a la adquisición de créditos litigiosos.

Hay que matizar lo que es un crédito litigioso; la sentencia de 4 de Febrero de 1.952 dice que "es fácil de explicar cómo ha de realizarse lo prevenido en el precepto del Código Civil que se está analizando, ya que cuando la persona que ha de recibir la cosa (acreedor), la reclama de quien ha de entregarla (deudor) mediante la interpelación judicial en que ha de decidirse sobre la existencia de la obligación y el quantum de su importe, ya que por ser dudoso ha de resolverse mediante sentencia (condición para calificar al crédito de litigioso a que se refiere la jurisprudencia de esta Sala en resoluciones de 14 de Noviembre de 1.903 y 8 de Abril de 1.904) y durante la tramitación del pleito el acreedor vende su derecho a otra persona que se subroga en

aquel derecho, pero no en obligación alguna, en este trance es cuando el deudor puede utilizar la especie de retracto que el repetido precepto tiene establecido ...".

GARCIA AMIGO (210) señala la diferencia entre ambas figuras en el hecho de que en el llamado retracto de crédito litigioso, la facultad de adquirir no se refiere a una situación jurídica real, típica, sin embargo, del retracto legal.

#### 6.- CONCLUSION

Después de todo lo analizado, cabe concluir con una clasificación más simple y racional de los derechos reales de adquisición.

El criterio clasificador no es otro que el del papel jugado por la voluntad del propietario de la cosa en el ejercicio de estos derechos reales de adquisición; así se diferenciará entre el derecho de opción y el derecho de tanteo; en aquel, el ejercicio depende sólo de que el optante quiera o no adquirir; en éste, de que además y previamente, el propietario se decida a enajenar la cosa de su propiedad o lo haya hecho ya.

Dentro del derecho de opción, hay que distinguir entre la opción de origen voluntario y la de origen legal; siendo dentro

de aquella donde quedará incluida la figura especial del retracto convencional, especial por requerir la existencia de un contrato anterior, de una relación jurídica pre via al ejercicio del derecho de opción. En tanto que el optante "normal", al ejercitar su derecho simplemente adquiere una cosa, el retrayente, lo que persigue es retraer a su patrimonio lo que ha salido de él, con lo que además de adquisición, se produce una vuelta al patrimonio de origen.

En cuanto al derecho de tanteo, se ha analizado cómo no es lógica la concesión acumulativa de ambos derechos (tanteo y retracto), siendo más razonable la existencia subsidiaria del retracto para los casos de incumplimiento, o no posibilidad de ejercicio del tanteo. Ello unido al hecho de que la única diferencia existente entre ambos, viene dada por el momento del ejercicio, conduce a pensar que resultaría mejor y más práctico configurar un derecho de tanteo ejercitable siempre antes de la consumación de la enajenación, y sólo en los supuestos en los que ese ejercicio no pudiera conseguirse, otorgar lo que podría llamarse una segunda fase, un derecho de retracto a ejercitar una vez consumada la enajenación. En el caso de constitución voluntaria, quedaría al arbitrio de las partes su creación conjunta o independiente, en base a la libertad de establecimiento de cualquier tipo de pacto del que gozan las mismas.

Quedan reducidos así los derechos reales de adquisición a dos únicos derechos: el derecho de opción y el de tanteo,

comprendiendo ambos las ocho variantes a que pueden dar lugar teniendo en cuenta legales y voluntarios.

### III.- PRECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

#### 1.- DERECHO ROMANO

Siendo tan reciente la configuración de esta categoría de derechos reales de adquisición, no tiene sentido buscar precedentes de la misma como tal categoría en el Derecho Romano, por cuanto que aquellos ejemplos de derechos reales de adquisición que se encuentren, aparecerán de forma individualizada e inconexa respecto a los demás.

La imprecisión técnica con que se muestra el retracto en el Derecho moderno, se debe precisamente al hecho de no estar modelado por el Derecho Romano (211), pues si bien existía una institución denominada "pactum de retrovendendum" con la que parece identificarse el actual retracto convencional, son pocos los textos que lo recogen (212), a diferencia de lo ocurrido con los otros pactos existentes en el Derecho Romano (pactum

displicentiae, pactum comisorio...)

El pactum de retrovendendum del que se hará un estudio más profundo en el Capítulo Segundo de esta tesis, se incluía entre los "pacto adiecta" o pactos agregados a un contrato y sancionados por la acción del contrato al que se agregaban; a través de este pacto, el vendedor se reservaba el derecho de comprar la cosa vendida al mismo precio o a otro distinto.

El pactum de retrovendendum aparece regulado en el Corpus, en una constitución de Alejandro Severo que constituye la ley "Si fundum" (4, 54, 2): "Si tus ascendientes vendieron un fundo con el pacto de que fuese restituido si ellos mismos o sus herederos le hubieren ofrecido el precio al comprador, ya en algún tiempo ya dentro de ciertos plazos, si estando tú dispuesto a cumplir la estipulación dicha no se atuviere a ella el heredero del comprador a fin de que se observe la fe en el contrato, se te dará acción de lo pactado (actio praescriptis verbis) o la venta (ex vendito), habida cuenta de lo que después de ofrecida la cantidad en virtud del pacto fue a poder de tus adversarios por razón de este fundo".

Es importante destacar que esta ley no limita tiempo alguno durante el que puede ejercitarse la acción ("las partes son libres para consignar en su convenio el plazo que a bien tengan, durante el que vivirá la facultad reservada" (213)), así como el carácter obligacional del derecho de retracto convencional en el Derecho Romano.

Posteriormente, el Digesto, 19, 5, 12, estableció un pacto consistente en una condición resolutoria por la que el enajenante podía volver a sí lo transmitido, siempre que reembolsase al adquirente el precio dentro de un determinado plazo.

VIARD, sin embargo, no considera este supuesto regulado en el Digesto como un verdadero pacto de retrovendendum, porque se exige además, el cumplimiento de una condición, cual es que no se produzca la separación del matrimonio: "si el marido vendió a su mujer unos fundos, y en la venta se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejare de ser su mujer y él quisiera, se los transmitiese ella por el mismo precio, creo que ha de darse una acción por el hecho y ello ha de observar también respecto de otras personas".

RIAZA cree ver en este mismo cuerpo legal otro derecho real de adquisición, aunque con origen en un pacto distinto. Por el llamado pacto de "additio in diem" se conviene que si en un término dado el vendedor encuentra quien ofrezca mejores condiciones que las del comprador, el contrato no se perfecciona o se rescinde. En este segundo caso, aparece a juicio de RIAZA un derecho de retracto por cuanto la cosa, al rescindirse el contrato, vuelve al vendedor para luego éste hacer la venta al comprador que más utilidad le reporte. En el primer caso, el vendedor no se había desprendido aun de la cosa, lo que podría llevar a pensar en la existencia de un derecho de tanteo, si bien al no haberse consumado todavía la venta "no tendríamos otra cosa

que un anuncio de venta y una serie de licitadores de los que seria preferido aquel que más utilidad reportase al enajenante (215).

\* \* \*

Además de este pacto de retro, único retracto del que se ocupan la mayor parte de los autores, y en contra de la opinión de RIAZA (216), BENITO GUTIERREZ (217) afirma la existencia de retractos similares de algún modo, al retracto legal actual.

Introducidos por Constantino a ejemplo de la ley hebrea, dice, se conoció un retracto concedido a parientes y condóminos aunque con corta duración, como demuestra el Codex, 4, 38, 14, dada el año 301 en tiempo de Valentiniano y Teodosio con el fin de restituir la facultad de vender las cosas de propiedad a quienes se quiera y no necesariamente a parientes y condóminos: "dudum proximis consortibusque concessum erat ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent: sed qua gravis haec videtur injuria, quae inani honestitatis colore velatur ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti: superiore lege cassata unusquisque suo arbitratu quaerere, vel probare possit emptorem: nsi lex especialiter quasdam personas hocfacere prohibuerit".



La ley única del Codex "non licere habitatoribus", disponía la obligación de que los habitantes de los Metrocomias enajenasen las tierras que les habían sido asignadas, a sus convecinos, rescindiendo el contrato si la venta se había hecho a personas extrañas.

La ley tercera del Codex "de jure Emphyteútico" establecía un derecho análogo a favor del dueño del dominio directo: el enfiteuta debía obtener su consentimiento para la venta en el plazo de dos meses, o venderle su derecho por el mismo precio que le daba otro.

Alude este autor a la opinión contraria existente según la que ni una ni otra ley ("non licere habitatoribus" y "de jure emphyteutico") conceden un derecho o beneficio legal de retracto por cuanto que la primera se limita a declarar la rescisión del contrato sin establecer que ésta se haga a favor del convecino que quisiera comprar; y en la segunda el remedio era inútil una vez que se declaraba nula la venta realizada sin noticia ni conocimiento del dueño.

También el Digesto, 42, 5, 16, contempla un supuesto de retracto legal: cuando se vende por disposición del juez los bienes de un deudor en concurrencia con un extraño, es preferido el acreedor o parientes del vendedor y entre éstos, el acreedor; y en caso de ser dos los acreedores, el que lo fuere de mayor suma.

## 2.- DERECHO GERMANICO

### A) En general

Los derechos de preferencia son un residuo de la propiedad común de los miembros de la familia y de los municipios sobre el suelo e inmuebles que existían en el antiguo Derecho. Los copropietarios conservaron unos derechos reales de expectativa que les suponían la adquisición si se cumplía una condición.

Cuando la propiedad colectiva empezó a decaer, los derechos de señorío se manifestaron, primero en forma de señorío negativo (oposición a la enajenación); después, en el Derecho medieval, en un derecho de expectativa o Wartrecht por el que su titular estaba facultado a adquirir la cosa en caso de venta con exclusión de terceros (218).

Con el tiempo, este derecho de expectativa se convierte en mero derecho de preferencia sobre todo en relación con las enajenaciones realizadas en las ciudades, al considerar la libertad de disposición del individuo como más digna de protección que la conservación del patrimonio familiar.

Al recibir la influencia del "ius protimiseos" (219) se forma una teoría general del "ius retractus" que pasa a Alemania con la

recepción del Derecho Romano y que se utiliza para la construcción de los Nacherrechten nacionales; estos Nacherrechten se parecen a un derecho de expectativa, pero con eficacia más debilitada, por su contenido son derechos de adquisición (se condicionan a que se produzca una enajenación), y no de apropiación que supondría la atribución de la cosa por voluntad unilateral de su titular.

Posteriormente, a partir del siglo XVIII, la hostilidad hacia las vinculaciones medievales, tanto de origen legal como convencional que también surgieron de este tipo, sobre todo sobre inmuebles, hizo que fueran combatidos y que la mayor parte de los estados alemanes suprimieran estos derechos a mediados del XIX, aunque no de modo tan radical como lo hizo la Revolución francesa.

WALCH (220) define el Nacherrecht como "el poder que corresponde a uno sobre la cosa de otro en virtud del cual, el primero está autorizado para apropiársela en el caso de que su actual poseedor la venda a un tercero, mediante el cumplimiento de todas las condiciones bajo las que la adquirió el comprador y con el resarcimiento de todos los gastos hechos en consideración a la cosa. Por su parte SEUFFERT (221) incidiendo en el hecho de la subrogación, de la sustitución del tercer adquirente por parte del retrayente, lo define como "la facultad de sustituirse en el lugar de quien adquirió una cosa por compra radicando justamente su esencia en esa sustitución, quedando en pie el negocio".

## B) Tipos de derechos de preferencia

Entre los derechos de preferencia reconocidos por el Derecho Germánico aparecen (222):

- Marklosung: retracto concedido por razón del Derecho de las Genassen. Según el Derecho popular sálico, todo miembro de la Marca, cuando otro enajenaba su tierra a un extraño, podía oponerse a la enajenación con el efecto de que la finca revertiese a la asociación, sólo cabía la enajenación cuando se contaba con el permiso de la Gemeinde. Se trata de esa primera manifestación de los derechos de señorío tras la pérdida de importancia de la propiedad colectiva (223). Posteriormente, sólo si él mismo se subrogaba en la compra se podía hacer uso de ese derecho; el "retractus ex iure incolonatus" (Marklosung) se fue debilitando gradualmente hasta convertirse en un mero "retractus ex iure vicinitatis" (Nachborlosung) que sólo correspondía a los más cercanos asurcanos.

En las ciudades adoptó la forma de un Bürgerretrakt y en algunos Länder, la de Territorialretrackt debido a las tendencias excluyentes del nuevo Estado territorial, y que tenía lugar en el caso de venta de fincas a personas no arraigadas, a judíos y a manos muertas.

No ha sido recogido por el B.G.B.

- Grundhennretrakt: retracto que se concedía al señor

territorial sobre los bienes dados en feudo, una vez que se permitió la enajenación del mismo.

Los principios de este "retractus ex iure dominii directi" fueron extendiéndose a otros casos: censo inmobiliario, privado, derecho de feudo, dominio directo.

- Gemeinderetrakt o retracto comunal: derecho de propincuos atribuido al municipio como corporación jurídico-pública.

- Erblosung o "retractus gentilicius": resultado de la evolución de los derechos de expectativa y oposición. Este permitía a los herederos recuperar el bien enajenado de manos de cualquier tercero sin contraprestación alguna por su parte si había sido enajenado sin el asentimiento de los más próximos herederos. Posteriormente, como derecho de expectativa, atribuía un derecho a la adquisición de la herencia con eficacia real a los herederos de la comunidad hereditaria. (224)

- Gespilderecht o "retractus ex iure congrui": derecho de propincuos denominado también Teillosung y basado en la solidaridad existente entre los ex copropietarios del inmueble. Se diferencia del "retractus ex iure condominiumii" en que al contrario de éste, ha cesado la comunidad.

- Ganerberretract o "retractus ex iure cohereditatis": derecho de los coherederos en caso de venta de alguna de las partes o cuota de la herencia.

- Gewillkürte Naherrecht: son derechos de preferencia voluntarios cuya denominación y concepto han sido objeto de confusión por su analogía terminológica con el retracto convencional.

BEYER (225) distingue el retracto en legal y convencional, considerando a éste último como un pacto accesorio a la compraventa perfecta y consumada, similar al pacto de retro, pero con el precio determinado por un tercero: "Retractus conventionalis rursus distinguit communiter silet in retracto qui ex pacto de retrovendendo compete et illud quod contrahentes inter se conveniunt ut si aliquando emptor reus emptum iterum vendere vellet, prior venditor ius potius prae alio, celebrato eodem praetio quod alter soluturus habeat, quod alias ius protimiseos vocatur".

WALCH (226) contrapone el "ius protimiseos" y el Naherrecht en función de su carácter real o personal. Aquel, es el tanteo (Vorkauf), que puede ser legal o contractual; el Naherrecht es el retracto como derecho real, a diferencia del tanteo del que sólo nace un derecho personal.

Para PLANITZ (227) el adquirente adquiriría un dominio limitado y, en su caso, lo transmitía con tal carga; la eficacia real del retracto se obtenía mediante su incorporación al acto público de transmisión; en los legales, añade la publicidad de la expectativa permitía dirigirse no sólo contra el propietario, sino contra cualquiera, siempre y cuando se emitiera una

declaración en este sentido frente al propietario y el comprador que fuera de peor condición. La declaración, continúa este autor, está sujeta a plazo de un año y un día, que casi siempre comenzaba al tener conocimiento de la venta. Si se rehusaba la oferta hecha a los propincuos, se consideraba renuncia.

### 3.- DERECHO FRANCES

A diferencia de lo ocurrido en la doctrina española, no se ha formulado en Francia una categoría de derechos reales que englobe todos los supuestos de adquisición preferente. Existiendo el principio del "numerus clausus" en cuanto a la formación de nuevos derechos reales, algún autor como RIPERT (22) afirma que "un nuevo derecho real sólo podría crearse mediante una especie de descomposición de otro derecho real previsto por la ley". Y sin embargo BOYER (229) sugiere la utilización de la categoría del derecho potestativo para incluir el derecho de opción y el retracto legal.

En Francia se llegaron a enumerar hasta 25 retractos distintos (230) de los que, los más importantes eran el feudal, el gentilicio y el sucesorio. Los dos primeros aparecen en la misma época de manera que, con frecuencia, los autores mencionan junto a la "laudatio parentum", "el consensus sen ioris" (231).

- El feudal, consistía en la facultad reconocida por el señor de retirar el feudo sirviente vendido por su vasallo para reunirlo al feudo dominante o para disponer de él a su voluntad, reembolsando al adquirente el precio, los gastos legales, las impensas y mejoras. Para BREYER (232) era "un derecho real inmobiliario con carácter rescisorio, ya que no subroga propiamente al señor directo en el contrato, de suerte que se le tenga por adquirente en el lugar del primero, sino que le autoriza a disponer de ella libremente". Fue abolido por Ley de 15-28 de Marzo de 1.790.

- El gentilicio tiene su origen en la concepción germánica de la propiedad familiar en pugna con principios romanos de libre disposición; nace de la evolución de las instituciones, la "laudatio parentum" y la "offre au proisme" (oferta a los parientes o próximos), y se difunde en todos los países de Costumbres durante el siglo XIII.

Concede una preferencia al pariente sobre el extraño sin que exista una unanimidad en cuanto al grado necesario, aunque parece que predomina la postura de que "quelque grade que ce soit" legitima su ejercicio.

Tenía carácter real y un plazo de un año y un día para ejercitarlo.

El Decreto 15-25 de Julio de 1.790 promulgó su abolición.



- El retracto sucesorio es una institución típicamente francesa, con antecedentes remotos en Derecho Romano; fue introducido por el Parlamento de París "con la doble finalidad de impedir a los extraños el acceso a los secretos de la familia que pudieran afectar a su honor, y de evitar los procesos con ajenos a la propia familia .

Fueron tantos los retractos existentes en aquella época y tan fuerte la hostilidad que se produjo ante ellos, que ni siquiera el Code se atreve a denominar como tales, las tres instituciones de retracto que en principio regula. Tras una radical abolición de todo derecho que otorgara preferencias o produjera vinculaciones, en el Code sólo se encuentra un retracto convencional (artículo 1.659 y siguientes), y tres retractos legales de los que solamente, el de coherederos, es unánimemente aceptado como tal.

\*

\*

\*

GARCIA CANTERO (233) advirtiéndolo del uso de una terminología (derechos de adquisición) inexistente en Francia, distingue entre derechos de adquisición preferente de origen convencional y de origen legal, examinando cada una de las figuras incluidas en ambas categorías.

Primero: Los derechos de adquisición preferente de origen

convencional son tres: promesa de venta, droit de préférence y réméré.

- Promesa de Venta: es definida por MAZEAUD (234) como "convención por la que el promitente otorga al beneficiario la facultad de adquirir un bien por precio cierto. El promitente da su consentimiento para que el beneficiario compre el bien cuando manifieste su voluntad de hacerlo; el promitente consiente sobre este bien un derecho de opción al beneficiario. Una vez que el beneficiario expresa su voluntad de adquirir y se convierte en comprador, se dice que "il leve l'option".

Es más que una simple oferta de venta porque ésta normalmente no vincula al oferente, mientras que en la promesa el promitente queda inicialmente obligado; MAZEAUD añade que éste no ha contraído obligación de vender, sino que ha dado su consentimiento para la venta. Es también más que un pacto de preferencia porque aquí no tiene relevancia alguna la voluntad del oferente una vez que se ha comprometido, en tanto que en el pacto de preferencia se requiere que éste se decida a enajenar la cosa.

Tiene naturaleza obligacional, de modo que contra el promitente, en caso de incumplimiento de la promesa, no tendrá el beneficiario otra posibilidad que la de reclamar indemnización de daños y perjuicios. El beneficiario además, deberá respetar los derechos reales constituidos sobre la cosa en el periodo de tiempo comprendido entre el nacimiento y la consumación de la

- Droit de préférence: es definido por LALOU (235) como convención por la que el propietario de una cosa se compromete, caso de enajenarla, a venderla a una persona con preferencia a otra" (236).

Si el propietario enajena a un tercero la cosa, sin notificación o incumpliendo de otro modo el derecho, la venta es válida (por el mero carácter personal de este derecho), a excepción de que tercero y vendedor hubieran actuado de mala fe.

- Facultad de réméré o rachat: considerado por el artículo 1.658 como causa de resolución de la compraventa, es definido por el artículo 1.659 del Code Civil como "un pacte par lequel le

vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1.673", tiene una regulación muy similar a la española.

A pesar del texto de este artículo, MAZEAUD (237) sostiene que no se trata de una posibilidad de recomprar la cosa vendida, concedida al vendedor, lo que no significaría una promesa unilateral de venta consentida por el comprador al vendedor y un segundo contrato de compraventa concluido en el sentido inverso al primero, sino de una venta única sometida a la condición resolutoria del ejercicio del retracto.

El pacto de retro que para este autor constituye un peligro para los terceros porque de ejercerse el derecho, su adquisición se convierte en a "non domino", ha de estar indicado en el acto de la venta; en defecto de esa publicación, el artículo 1.673 señala la oponibilidad de las hipotecas al vendedor que ejerza el pacto de retro. Si se trata de bienes muebles, los terceros de buena fe tendrán la protección del artículo 1.279 ("En fait de meubles la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte, ou du vol, contre celui dans les mains duquel il a trouvé; sauf à celui son recours contre celui duquel il la tient").

Tiene un plazo determinado de duración que el artículo 1.660 establece en 5 años, incluso en el caso de que haya sido pactado

un plazo más largo (artículo 1.660.2: "Si elle a été stipulée pour un terme plus long elle est réduite á ce terme"). No podrá ser tampoco prolongada por el juez (artículo 1.661), y corre para todas las personas, incluso los menores (artículo 1.663). Si transcurrido este plazo el vendedor no ha ejercido su derecho "l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable" (artículo 1.662); sin embargo, podrá ejercerlo transcurrido el plazo, si antes de la expiración, comunicó al comprador y si lo había, a un tercero, su voluntad de hacerlo.

El ejercicio de este derecho supone el reembolso del precio y de otros gastos señalados en el artículo 1.673: "Le vendeur qui use du pacte de rachat, doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux couts de la vente, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait á toutes ces obligations".

Ese precio es en principio, el recibido por el vendedor, pero normalmente se establece uno superior; si esconde uno usurario, la operación será anulada. Los gastos útiles o necesarios no se pagarán en tanto supongan una plusvalía en la cosa y hayan sido hechos con el ánimo de que el vendedor no pueda ejercer su derecho.

Si el comprador no recibe todo lo establecido por este artículo, podrá ejercer el derecho de retención (artículo

1.673).

Los artículos 1.667 a 1.672 regulan el ejercicio del retracto sobre un buen indiviso.

Los efectos de la venta con pacto de retro son distintos en función del momento en el que se encuentre:

- antes del ejercicio: la compraventa está pendiente de una condición resolutoria; el comprador tiene a su cargo los riesgos,

- renuncia del vendedor al ejercicio del derecho o expiración del plazo: el comprador conserva la propiedad y los riesgos,

- se ejerce: la compraventa se resolverá retroactivamente, restableciéndose las cosas al estado anterior al que hubieran tenido de no haberse verificado la venta. Los actos de administración realizados por el comprador mientras la condición estaba pendiente, son mantenidos y sólo serán oponibles al vendedor si tienen fecha anterior al ejercicio del retracto o si, al menos, el vendedor ha tenido conocimiento de ellos.

Este pacto de retro, a tenor del artículo 1.664, tiene eficacia real por cuanto "le vendeur... peut exercer son action contre un second acquéreur, quand meme la faculté de réméré n'aurait pas été déclaré dans le second contrat".

Segundo: Los derechos de adquisición de origen legal. Ya se ha señalado como el Code no les da la denominación de retracto, pero sí lo hacen la doctrina y la jurisprudencia. Se distinguen los siguientes:

- Retracto sucesorio o hereditario: regulado en el artículo 841 del Code: "Toute personne, meme parentes du défunt qui n'est pas successible, et á laquelle un cohéritier aurait cédé son droit a la succession peut etre écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession".

Derogado por el artículo 17 de la Ley 76-1.286 de 31 de Diciembre de 1.976 era la única figura de la que no existían dudas de su carácter real. DELMAS-SAINT HILAIRE (238) así lo admitía implícitamente al decir que el retrayente en caso de cesiones sucesivas se dirigirá contra el último adquirente.

RIPERT-BOULANGER (239) lo define como "operación jurídica conforme a la que un coheredero recupera del tercero con obligación de indemnizar íntegramente todos los derechos que éste adquirió en la herencia en virtud de la cesión otorgada por otro coheredero".

Se produce una subrogación del retrayente con eficacia retroactiva, la antigua cesión subsiste, pero se produce la sustitución del nuevo adquirente en lugar del primitivo. Esta subrogación mantenida por RIPERT-BOULANGER (240), no es total

para DELMAS-SAINT HILAIRE al no afectar, según este autor, a las obligaciones del cesionario del cedente. (241)

- Retracto de indivisión: Es el único retracto que, según DELCOURT (242) ofrece ventajas y en consecuencia tiene sentido.

Se halla regulado en el artículo 1.408 del Code, norma de Derecho económico-matrimonial fundada en la idea de que si uno de los cónyuges es titular de una cuota en un inmueble perteneciente a extraños, tiene derecho preferente a la comunidad en el caso de que se enajene el resto del inmueble durante el matrimonio.

Para GAILLOT (243) es una simple facultad de abandono, para RIPERT BOULANGER (244) contradice la evolución histórica, pues a la adquisición por el marido se le atribuye provisionalmente el carácter de "acquéit" resultado que trata de remediarse con este retracto.

- Retracto de créditos litigiosos: Se niega por la doctrina su carácter real. Así BALBAA (245) afirma que no existe subrogación ni adquisición de propiedad, sino de titularidad de un crédito que origina su extinción. Esta regulado en el artículo 1.699 del Code.

\*

\*

\*



En nuestro siglo, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, se produce lo que GUYOT (246) ha denominado la "renaissance des retraits" como medio apto para combinar el interés individual y el general.

Ante la aparición de esas nuevas figuras, la doctrina trata de elaborar una teoría general del retracto, partiendo de la definición de POTHIER (247): "Le droit de prendre la marché d'un autre et de se rendre acquereur á sa place". Todo retracto supone por tanto una enajenación o cesión, la intervención de un tercero extraño a la operación primitiva después de haber sido ésta concluida y la sustitución del tercero en el lugar del adquirente, radicando en esta última característica la diferencia con el droit de preemption, que se ejercita con ocasión de un proyecto de contrato (248).

Para TALLON (249), la enajenación se produce directamente con el retrayente, extinguiéndose todos los efectos derivados de la adquisición realizada por el retraído, de suerte que reciba la cosa en el estado en que se encontraba en el momento de la cesión.

La "renaissance des retraits" ha consistido en la creación de facultades adquisitivas en favor de particulares, personas morales y el propio Estado:

- Derecho de preempción concedidos al Estado en caso de obras de arte (artículo 37 de la Ley de 31 de Diciembre de

1.921): "El Estado podrá ejercer en toda venta pública de obras de arte, un derecho de preempción mediante el que se subrogará el adjudicatario". Para TALLON no es un derecho de preempción, a pesar de lo que diga el texto, sino de un retracto cuya finalidad es prevenir la salida de obras de arte al extranjero.

- Derecho de preempción a favor de entidades que con ayuda financiera del Estado realizan operaciones inmobiliarias respecto de edificios y terrenos objeto de sus operaciones, durante un plazo de diez años a partir de la liberación del adquirente.

- Derecho de preempción a favor del Tesoro establecido por el artículo 34 de la Ley de 31 de Diciembre de 1.941 con la finalidad de reprimir el fraude fiscal. Mas tarde, será acogido por el artículo 1.094 del Código General de Impuestos.

- Derecho de preempción a favor del "exploitant preneur en placa" o del fermier, creado por la Ordenanza de 17 de Octubre de 1.945 e incorporado al artículo 790 del Code Rural.

Es el más importante de cuantos han sido creados al margen del Code, y se le considera pieza fundamental en la reforma agraria intentando detener el éxodo rural.

Es un derecho legal que limita considerablemente la facultad de libre disposición del dueño de la tierra, de orden público, inseparable de la cualidad de arrendatario o aparcero, y que dura cuanto duran estos contratos (250).

Es oponible al arrendador y al tercero que ha adquirido en subasta el fundo arrendado, sin embargo, su carácter real es muy distinto a la doctrina.

- Derecho de preempción en materia de expropiación forzosa cuando la finca no se destina a un fin de utilidad general (Ordenanza de 23 de Diciembre de 1.958 y Ley de 2 de Julio de 1.960).

- Derecho de preempción en favor de departamentos sobre terrenos situados en "perímetros sensibles" del litoral Provenza-Costa Azul (artículo 65 de la Ley de 23 de Diciembre de 1.960 desarrollado por Decreto de 5 de Agosto de 1.961).

- Derecho de atribución para mantener la indivisibilidad de la explotación familiar (Ley de 19 de Diciembre de 1.961).

- Derecho de preempción a favor de los entes públicos creado sobre terrenos de urbanización preferente y deferida (Ley de 26 de Julio de 1.962) y Decreto de 7 de Noviembre de 1.962).

#### 4.- DERECHO ITALIANO

##### A) En general

También en Italia encontramos intentos por parte de la doctrina de caracterizar estos derechos como pertenecientes a una categoría única. Así PULEO (251) habla de los derechos potestativos (diritti potestativi) como categoría paralela a la de los derechos de adquisición española.

El Código Civil italiano regula un derecho de retroventa derivado de un pacto agregado a un contrato de compraventa; un derecho de opción; y tres retractos legales: el de coherederos, el de comuneros y el del concedente en la aparcería.

#### B) Derecho de retroventa

El Código Civil italiano reconoce un pacto de retroventa que es definido por RUGGIERO (252) como un pacto agregado a la compraventa en cuya virtud el vendedor mediante restitución del precio y reembolso de los gastos y pagos legítimos hechos con ocasión de la venta, por reparaciones necesarias y por aquellas que aumentaron el valor de la cosa por todo el importe del aumento de valor, se reserva la facultad de readquirir la cosa vendida. Así lo recoge el artículo 1.500: "Il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa vendita mediante la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalla disposizioni del seguente. Il patto di restituere un prezzo superior a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza"

A juicio de SANTOS BRIZ (253) este derecho derivado del pacto de retroventa recibe un tratamiento del Código Civil, similar al del rescate de póliza en el contrato de seguro de vida (artículo 1.925) o en el de renta perpetua (artículo 1.865 y siguientes).

Para BARBERO y RUGGIERO es necesario diferenciar este derecho de rescate del pactum de retrovendendum, aunque de ambas se consigan efectos similares; en tanto que el pacto de rescate tiene eficacia "erga omnes" -artículo 1.504: " .. puo attenere el ilascio della cosa andre dai sucessivi ac quirenti, purché il patto sia ad essi oponible. Si l'alienazione è state notificata al venditore, il riscato deve essere esercitato in confronta del terzo acquirente"-, y ha de tener un plazo determinado y un precio igual al de la primera venta, estas condiciones no son necesarias para el pactum de retrovendendum que tiene un mero carácter obligacional (254).

Las notas más importantes en cuanto a la regulación que del mismo realiza el Código, son las siguientes:

- Su ejercicio se remite al libre arbitrio del vendedor y produce la resolución de la venta, incluso contra la voluntad del comprador. La situación que crea es la de una adquisición de propiedad resoluble en favor del vendedor, que es irrevocable cuando ha finalizado el término de ejercicio o el vendedor ha renunciado.

- Sólo puede establecerse por un plazo no superior a cinco

años, y si se trata de muebles, dos. Son términos perentorios y no prorrogables, ni aun siquiera después del contrato, y a los que se reduce automáticamente todo término mayor que se hubiera pactado (artículos 1.500 y 1.501). A juicio de RUGGIERO, si se establece fuera o después de concluirse la venta, valdrá como mero pacto de retrovendendum.

- El vendedor, por el carácter real de este derecho, puede ejercitar el retracto, no sólo contra el comprador sino también contra el tercer adquirente, aunque el pacto no se hubiera dado a conocer en las sucesivas enajenaciones (artículo 1.504).

- Se extinguen gravámenes e hipotecas, salvo arrendamientos hechos sin fraude, siempre que tengan fecha cierta y plazo de duración no superior a tres años (artículo 1.505).

- Para ejercitarlo, se habrá de reembolsar los gastos de la venta y todos los necesarios y útiles hechos en la cosa. Es importante destacar que no cabe establecer un precio distinto al de la venta, ni siquiera un aumento derivado del transcurso del tiempo.

El comprador está tutelado por un "jus retentionis" si no se reembolsan todas las cantidades. No se requiere sin embargo, que estén efectuados, basta con que el vendedor declare su voluntad de ejercitar el retracto sin que precise establecer acción judicial, ni hacer oferta real del precio.

- La declaración de rescate debe hacerse por escrito, bajo pena de nulidad; el pacto, basta con que tenga la forma exigible para el contrato de compraventa.

- Cuando se trata de cosa común indivisa, hay situaciones particulares:

- artículo 1.506: el copropietario que pide la división, debe proponer su demanda también contra el vendedor; si es subastada, el vendedor que quiere rescatarla, tiene que hacerlo antes de la adjudicación, pues de lo contrario decae su derecho.

- artículo 1.507: si varias personas han vendido conjuntamente mediante un sólo contrato y con pacto de rescate una cosa indivisa, cada una de ellas puede ejercitar el rescate sólo por la cuota que le corresponde; e igualmente ocurre si el vendedor muere y deja varios herederos: cada uno de ellos puede ejercitar por separado el rescate de la cuota que le corresponde, ya el vendedor fuere único propietario, ya copropietario. El comprador puede exigir el rescate conjunto de la cosa y si no se ponen de acuerdo, podrán rescatarla por entero los que así lo deseen.

- artículo 1.508: si los propietarios han vendido separadamente, cada uno podrá ejercitar su derecho por la cuota que le corresponda, sin que el comprador, aunque sea uno sólo, pueda exigir su rescate conjunto.

- artículo 1.509: si muere el comprador, el rescate se efectuará contra los herederos en la parte que a cada uno corresponde. Si es sólo uno, podrá ejercitarse por entero contra él, pudiendo incluso exigir éste que sea así.

#### C) Retratos legales

Como retratos legales, regula:

- el de coherederos sobre la parte indivisa vendida a un extraño (artículo 732), denominado "diritto de prelazione.

- el del enfiteuta para adquirir el dominio útil (artículo 148).

- y el retrato de preferencia al concedente en la aparcería (artículo 2157).

Para SANTOS BRIZ (255), ejemplo de estos retratos legales, es el supuesto del artículo 1.506: derecho de rescate cuando existe cosa común.

#### D) Derecho de opción

Es de destacar, que el artículo 1.331 regula expresamente el



derecho de opción contractual: "Quando le parti convengono die una di esse rimange vinculata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti prevesti dall'articolo 1.329. Si per l'accatazione non é stato fissato un termino, questo può essere stabilito dal giudice".

## 5.- DERECHO ALEMAN

### A) En general

La reglamentación de los derechos de adquisición en el vigente Derecho alemán, es, a juicio de GARCIA CANTERO (256) resultado de la fusión del *Näherrecht* germánico con el "ius protimiseos" del Derecho romano-bizantino, tomando de éste último la denominación (*Vorkaufsrecht* es la traducción alemana literal del "ius preemptionis" romano), y el contenido de aquél.

Basándose en los artículos 1.094 y siguientes del B.G.B., la doctrina ha unificado las figuras del tanteo y el retracto bajo el nombre de *Vorkaufsrecht* que significa "derecho a comprar con preferencia". Junto a ellos los *Widerkaufsrecht* que han sido objeto de distinta interpretación entre los autores españoles; así mientras SANTOS BRIZ (257) considera que esos derechos son el equivalente del retracto legal, GARCIA AMIGO (258) afirma "que

esos Widerkaufsrecht o Ruckkaufsrecht (derecho de retroventa), son nuestro retracto convencional"; frente a ellos aparecen los Ankaufsrecht u Optionsrecht que entre sus características presenta la nota de ser la facultad que concede el propietario de una cosa a otra persona para comprarla. Tanto el Optionsrecht como el Winderkaufsrecht se conciben como derechos personales, mientras que el Vorkaufsrecht puede ser real o personal pudiendo acceder al Registro de la propiedad mediante anotación preventiva (Vormerkung).

#### B) Voekaufsrecht

El Código Civil alemán sólo reconoce un derecho legal de tanteo, el de los coherederos en caso de venta de cuota hereditaria; el artículo 2.034 dice: "Vorkauft ein Miterbe reinem Anteil an einen Dritten so sind die übrigen Miterben zum Vorkaufe Berechtigt".

No se debe olvidar sin embargo, que en los territorios reservados al derecho particular, se encuentran diversos derechos legales de compra preferente como el retracto del derecho municipal y particular, el derecho de retracto respecto de parcelas inmobiliarias expropiadas, el derecho de los propincuos respecto de bienes sujetos a heredamientos.

Este derecho legal de tanteo no necesita para ejercerse que el propietario venda el feudo, sino que es suficiente cualquier

negocio de enajenación.

Se puede establecer por negocio jurídico, pero el objeto será solamente un inmueble o un derecho a él equiparado, especialmente el derecho de superficie y la cuota de un copropietario de un inmueble (artículo 1.095: "Ein Bruchteil eines Grundstrücks Kann dem Vorkaufsrechte nun belastet werd en wenn er in dem Anteil eines Nutergentümers berteht").

A tenor del artículo 1.096 el derecho se extiende, en caso de duda, a la pertenencia vendida con la finca: "Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubeliör erstreckt werden, das mit dem Grudstucke verkauft wird. Im Zweifel ist ansunehmen dab sich das Vorkaufsrecht auf dieres Zibeliör erstrecken sall".

Titular del derecho de tanteo puede serlo una persona individualmente determinada o el que en cada momento sea propietario. En el primer caso (derecho subjetivamente personal de tanteo) es, en la duda intransmisible como resulta del artículo 1.098 en relación con el 514: "Das Rechtsverhabtn is zwisdien dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt rich nach den Vaschuften das 504 bis 514. Das Vorkafsrect kann anch dann ansgenbit weiden werm das Grundstruck vom dem Konkursverwalter aus freier. Hand Verkauf wird".

Cuando el titular es persona jurídica, según el párrafo tercero de este mismo artículo 1.098, es transmisible en la misma extensión que el usufructo.

En el segundo caso, cuando es derecho subjetivamente real constituye parte integrante del inmueble y corresponde a su propietario.

No pueden transformarse uno en el otro, ni separar el derecho subjetivamente real del predio dominante y unirlo a otro (artículo 1.103).

El establecimiento de un derecho de tanteo tiene lugar mediante acuerdo e inscripción, no es posible adquirirlo por usucapión (artículo 873: Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt).

Es un gravamen de la cosa que no da al titular un derecho a intervenir en la cosa, ni un derecho a satisfacerse sobre la cosa sujeta, sino a adquirirla. Concede un derecho condicional de formación porque mediante una declaración de voluntad puede producir que su contrario, cualquiera que sea, quede obligado a transmitirle el inmueble (artículo. 1097).

Conforme a este artículo el derecho de tanteo puede constituirse "para varios o para todos los casos de venta, siendo entonces necesario la inscripción de esta cláusula en el Registro, produciendo el derecho de tanteo un nuevo derecho

potestativo de formación. Se entiende que cabe también su establecimiento para un caso de venta independientemente de quien sea el propietario".

Se requiere notificación de la conclusión y contenido del contrato y a partir de ella corre el término de dos meses para ejercer el derecho de tanteo (artículo 510: "Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuleiten. Die Mitteilung des Verpflichteten wird auch die Mitteilung des Dritten ersetzt....").

Si el vendedor ha transmitido ya al comprador el derecho de tanteo tiene la eficacia de una "anotación preventiva de garantía de la pretensión de transmisión" (artículo 1.098.2) por lo que la transmisión formal al comprador, es ineficaz frente al titular del derecho de tanteo. No sólo las transmisiones sino también los gravámenes son relativamente ineficaces si se han creado después de cumplirse los supuestos para el tanteo. El titular de éste habrá de pagar el precio al propietario que vende y no al comprador si aun no ha sido transmitido el inmueble. Si ya ha sido transmitido, habrá de satisfacerlo al comprador.

El derecho de tanteo se extingue por declaración de abandono y cancelación (artículo 875), prescripción tabular extintiva (artículo 901), expropiación, adjudicación, ejercicio, pérdida de la propiedad.

La legislación posterior a 1900 aplica este derecho de tanteo al servicio del interés público y a la equitativa división del suelo y la colonización, por eso, se han establecido derechos de tanteo a favor del Estado, municipios...., siendo considerado como uno de los medios para que el Estado cuide de la División del suelo en forma que impida su mal uso.

Un reglamento prusiano de 23 de Diciembre de 1.918 creó al servicio de la colonización, un derecho de tanteo a favor del Estado sobre las posesiones agrícolas y forestales de más de 20 hectáreas. El Reich siguió el mismo criterio estableciendo un derecho legal de tanteo sobre inmuebles de 20 hectáreas a favor de las empresas de colonización de interés colectivo (Ley de 11 de Agosto de 1.919), y un derecho de tanteo a organismos que facilitaban hogares familiares (Ley 10 de Mayo de 1.920).

Después de 1.945, en las llamadas leyes de reconstrucción de diversos Länder, se establecieron derechos de tanteo sobre solares no edificados a favor de municipios, así en Wütemberg-Baden (18 de Agosto de 1.948), en Hersen (25 de Octubre de 1.948).

### C) Widerkaufsrecht

El derecho de retrocompra es desconocido por el B.G.B. que sólo admite junto al tanteo real y el personal, un derecho de retrocompra de carácter personal regulado en los artículos 497 y

siguientes; el vendedor, sin embargo, a través del mecanismo de la anotación preventiva, puede obtener una firme expectativa de carácter real.

Este derecho de retracto sólo podrá ser ejercitado hasta el transcurso de 30 años tratándose de fincas, o de tres tratándose de otros objetos (artículo 503), no siendo necesario para el ejercicio la forma determinada para el contrato de compraventa (artículo 497). El propietario obligado a restituir la cosa al retrayente (artículo 498) deberá hacerlo con todas sus pertenencias, siendo responsable de los gastos y menoscabos a él debidos. Asimismo ha de eliminar los derechos de terceros existentes (artículo 499), pudiendo exigir indemnización por los gastos que hayan aumentado el valor de la cosa (artículo 500).

El antiguo Derecho Medieval y los Derechos particulares de los siglos XVIII y XIX conocieron una retrocompra de naturaleza real; la posición del B.G.B. constituyó un obstáculo para su configuración obstáculo que, a juicio de HEDEMANN (260) ha sido roto por la moderna legislación colonizadora .

Su configuración jurídica, a falta de regulación en el B.G.B., está subordinada a las disposiciones de cada ley especial. Cabe decir con carácter general:

- el derecho real de retroventa se apoya en la ley y existe sin inscripción en el Registro,

- es un gravamen con eficacia frente a terceros,

- puede constituirse a favor de persona determinada o en favor de cualquiera que sea propietario de la finca; cabe por tanto su configuración subjetivamente real y subjetivamente personal, como en el caso del tanteo legal, no así en el tanteo convencional que a tenor del artículo 1.094.2 no cabe constituirse como subjetivamente real,

- para la retrocompra obligacional, el precio es el mismo estipulado en la venta; para el resto, un precio ajustado al valor de la cosa;

- admite una readquisición para el caso de que se expropie para fines de colonización, y ésta no se realice; así por ejemplo el artículo 21 de la Ley de colonización del Reich.

#### IV.- PRECEDENTES DEL DERECHO ESPAÑOL

##### 1.- FUEROS MUNICIPALES

Circunscribiéndonos al Derecho español, se encuentran importantes disposiciones respecto a los derechos de tanteo y



retracto gentilicio, cuyo fundamento se encontraba en el interés de que la propiedad no saliera de la familia, con el objeto de fortalecerla y unirla más a través de la cohesión que de la propiedad recibe.

Entre los fueros municipales aparecen:

- La Ley más completa es una del Fuero de Baeza tomada del de Cuenca: "Cualquier que alguna cosa vendiera o comprare, si quier mueble, si quier raiz, firme sea é valor, fuera ende á las monges; así que ninguno non se pueda repentir despues que mercaren. Empero aquel que raiz alguna quisiere vender férgala pregonar tres días en la villa é entonce si alguno de sus parientes la quisiere comprar cómprela por quanto aquel que maes cara la quisiere comprar. E los tres dias pasados véndela á quien el maes quisiere: é el mercado fecho, ninguno non se puede repentir. E si por ventura non la ficiere pregonar y la vendiere, los parientes del vendedor, non pueden por esto demandar al comprador, mas al vendedor sólamente, porque vendió la raiz escondidamente, non lo sabiendo los parientes. Onde por fuero ha á dar tanta raiz é tal, é por tanto quando la otra vendió. Mas sin pregonara fuera como dicho es, no ha de responder por ella a ninguno".

Es de resaltar el sistema que concede este fuero para evitar la burla del comprador. Si no ha notificado su intención de enajenar y, por lo tanto, el pariente no ha podido ejercitar su derecho de tanteo, tendrá el comprador que "dar raiz e tal e por

tanto cuanto la otra vendía".

- El Fuero de Zamora dice: "Padre o madre, abolo ó abola que heredase habiereis á vender, quanto uno é otro dies por ela, fillos ó fillas, nietos ó nietas, la tomen si quisieren, é paguen hasta nueve días".

El plazo de ejercicio es superior al establecido por el Fuero de Baeza, nueve días.

- El Fuero de Alcalá establece: "Ningún home que vendiere sua heredad tanto por tanto el pariente lo haya u lo demandare á nueve días. Todo home que queredad comprare, é hasta nueve días non ye lo sacare parient, que sea en la vecindad de Alcalá ó de su término, después de nueve días pasados nol recuda".

- Fuero de Cáceres: Esta ley conviene con todos en quanto a exigir el anuncio de la venta a los parientes, más si no lo hace el vendedor que pudiere probar por testigos que había noticiado la venta a los parientes queda en libertad de venderla a cualquiera, los parientes podrán adquirir, la finca, sólo si pagan su importe en tres plazos (podrán retraerla).

"Todo home que quisiere su heredad vender, dicat primum parentibus suis, quibus sua bona debet hereditare: et quantum alius deberit pro illis, parentibus vendat si ea voluerint: et si alli vendiderint ea, et parentes sui ante scire non fecit, saquet illa quomodo vult, et det ea parentibus suis; et si potuerit

fumare quod fecit illis tetigos, quod volebat hereditatem suam vendere, et noluerunt illi comprare, vendat eam cui voluerit; et si parentes voluerint eam ensere, páguenlo fasta nueve días el tercio y el otro tercio a los nueve días, et a los otros nueve el otro tercio; et si a estos plazos non pagare, tenead quod tenet et venda hereditatem cui voluerit".

- Fuero de Salamanca: "Todo home qui vendier heredade ferger afrentas a sus parientes que han á heredar ... é los parientes que hobieren roncura de la heredade, é hasta seis años non la demandaren, non les responda con ella".

## 2.- EL FUERO VIEJO DE CASTILLA

Las Leyes 2ª, 3ª y 4ª del Titulo 1, del Libro IV establecen un derecho de retracto aunque el "cambio estuviere ya hecho", utilizable dentro del plazo de nueve días contados, no desde la fecha del contrato, sino que se entrega al comprador de la cosa vendida, haciendo por tanto depender el nacimiento del derecho de retracto de la adquisición por el comprador del "ius in re" sobre el objeto de la transmisión, ya que a nada conduciría si el nacimiento del derecho tuviere lugar antes de estar nacido y sin posibilidad de ejercicio hasta que el transmitente cumpliera con la primordial obligación que del contrato de compraventa surge por lo que a él afecta.

Dice la ley 2ª: "Ninguna heredad non se debe vender de noche, nin de dia a puertas cerradas. E la vendida que ansi fuere fecha non puede toller suo derecho al pariente, o a quien pertenesce la heredad por razón del patrimonio, ó del abolengo, maguer que el cambio sea fecho. La venta oculta de una heredad no priva al pariente del derecho de retracto, si la heredad fuere de patrimonio ó abolengo, aunque el cambio estuviere ya fecho".

La Ley 3ª establece: "Todo home que vende su heredad, que a de patrimonio, ó de abolengo, é venier otro suo pariente, é dis: yo me la quiero la heredad tanto por tanto, que á mi pertenesce, si camino de pasada ovier dado el comprador, é pagados los dineros, non la puede aver el pariente; mas si camino non ovier dado el comprador, maguer carta haya fecha del comprador oviese pagado á esta atat, é viniese al pariente mostrando el aver derecho, é contándolo delante testigos debe over la creadat, jurando que para si quier la heredad, é non para otro ome ninguno; é si el pariente podier venir ante el camino dar á el camino, é los sueldos, puede aver la heredad".

Y la Ley 4ª: "Si un home vende su heredad a otro home, é la venta fuer fecha en cementerio de Igresia, que vala; mas si vinier algún pariente, é le demandare fasta nueve días, dando lo que costó, puede la aver por la pasada, que non puede aver el cementerio, nin la Igresia".

### 3.- EL FUERO REAL

Concreta la forma del retracto gentilicio al preceptuar: "Todo home que heredad de patrimonio o de abolengo le quisiere vender, si home de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto, háyala antes que otro alguno; e si dos, o más la quisieren si non en igual grado de parentesco, haya la el más propinquo; mas si antes que la heredad fuere vendida, no viniere el pariente e de día que fuere vendida fasta nueve días viniere, si diese el precio por que es vendida la heredad hayala, e si e pariente más propinquo no fuere en el lugar, puédalo demandar otro de su linaje; mas si la quisiera por otra heredad cambiar, no lo pueda ningún otro pariente contradecir; y aquel pariente que quiere la heredad que es a otro vendida, dele el precio que le costó e jure que lo quiere para si e que no lo face por otro engaño (Ley 13, titulo 10, libro 3).

Del estudio de esta ley se deduce (261) que el Fuero Real:

- estableció el derecho de tanteo gentilicio, concediendo facultad al pariente del vendedor para quedarse con el objeto del contrato por el mismo precio o tanto por el que iba a ser enajenado.

- entre varios parientes, se debía elegir el más próximo en grado. El de grado inferior al futuro retrayente no podría retraer aunque este no fuera a hacerlo, salvo si el más propinquo

estaba fuera del lugar.

- distinguió entre tanteo y retracto por el momento de su ejercicio: antes o después de la consumación de la enajenación.

- estableció este retracto sólo para el caso de venta y no de permuta, sin duda señala RIAZA porque el retrayente no podía devolver al comprador aquello que dió en equivalencia (263).

- el retrayente tenía que ejercitar su derecho en el plazo de nueve días entregando al comprador el mismo precio que éste dió por el objeto vendido y jurando que la cosa que reclamaba era para él.

#### 4.- LEYES NUEVAS DE ALFONSO X EL SABIO

Se dictan preceptos para el caso de que la transmisión se hubiera verificado ocultamente y concede el derecho de quedarse con lo transferido al propinquo, sin limitación de término a contar desde la venta.

Decía la Ley XXI; "Otrosí el heredamiento que vende un ome a otro e facen la vendita en soberado, o en casa, o en paridat, e con testigos que ruega que tengan paridat daquela vendita e pariente propinquo no lo sabe, e quando lo sabe viene con su

haber antel alcalde, e dice que aquel heredamiento que fué vendido, que él lo debe aver e quiere pagar el precio e el comprador dice que por que non vino a los nueve días que non lo debe aver; manda el rey que tan vendida como aquesta que non va la min empezca al pariente propinquo".

## 5.- LAS LEYES DE ESTILO

En materia de retracto aparecen las leyes CCXX y la CCXXX que dicen:

- CCXX: "Que la ley del engaño en virtud del justo precio no ha lugar en las cosas vendidas en almonedas, ni la ley del tanto por tanto. Otrosí, es a saber, que en las vendidas que se facen por las almonedas tanto vale la cosa quanto puede ser vendida y no se puede deshacer la vendida por que diga aquel cuya es la cosa, que le fue vendida por menos de la mitad del derecho precio, ni los parientes más cercanos no pueden sacar la cosa vendida por mandato del Alcalde, o del cogedor, o del entregador, maguer farta los nueve días que pone el Fuero quiera dar el comprador lo que costó; mas cuando sacan la cosa en almoneda tanto por tanto dévelo dar ante el que la demando por abolengo y le quisiere sacar de la almoneda, que no otro extraño. E si el Alcalde mandó vender alguna cosa y es fallada despues que la vendió el Alcalde sin derecho, si el comprador la tuvo año y día

en faz, y en paz, no se deshará la vendida; mas el Alcalde será tenido al daño y al menoscabo que recibió aquel cuyas eran los bienes".

- CCXXX: "Como la Ley del Fuero del tanto por tanto, ha lugar tambien en el reino de León como en el de Castilla. Otrosí en tierra de León, las heredades, e las otras raices que tienen de patrimonio, o de abolengo, y los vende aquel cuyas son, y viene el pariente más cercano a quien fué hecho saber por el vendedor que quiere vender la heredad, y quierela sacar: y esto se libra en tierra de Leon, por Fuero de las Leyes, también como en Castilla como quier que en otro tiempo, en tierra de León, al pariente fasta un año la podía sacar. Y esto del año se puso así quando el vendedor no le hizo saber la vendida".

## 6.- LAS PARTIDAS

Regulan dos de estas instituciones, el retracto convencional y el de comuneros, no así el retracto gentilicio, debido sin duda, según RIAZA a que "aprovechando el Rey Sabio el renacimiento del Derecho Romano quiso servirnoslo casi íntegro en esta parte que, con la relativa a obligaciones es en lo que más imperio ejerce aun en la ley de nuestros días (263).

### A) Retracto de comuneros



Se ocupaba la Ley LV, del título V, Partida 5ª, bajo el rótulo "cómo la vendida que es fecha de la cosa común de so uno , debe valer, maguer no sea partida entre ellos", y cuyo tenor literal era el siguiente: "Dos omes o mas, auiendo alguna cosa comunalmente de so uno dezimos, que qualquier dellos puede vender la sua parte, maguer la cosa non sea partida. E puédela vender a qualquier de los que han en ellas parte o a otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa quisieren dar tanto por ella como el extraño, éste la deue hauer ante que el extraño. E la vendida del extraño se deue entender que puede ser fecha ante que sean entradas en pleyto de la parte. Ca si el pleyto fuese ya comenzado en juizio para partirla, entonces nola podría vender al extraño fasta que fuese partida, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros (264). Opina RIAZA que más que un derecho de retracto esta ley concede un derecho de tanteo (265).

#### B) Retracto convencional

Aparecía regulado en la ley XLII, título V, Partida 5ª, que trataba "de los que venden por cierto precio a otros alguna cosa con adición quel vendedor o su heredero la puedan cobrar tornando el precio". Tal ley decía textualmente: "Por cierto precio vendiendo un ome a otro alguna cosa, poniendo tal pleyto entre sí en la vendida que cuando quier que el vendedor o sus herederos tornasen el precio al comprador o a los suyos, que fueren tenidos de tornarle aquella cosa que así vendiese; dezimos que si tal pleyto fuere puesto en la vendida que debe ser guardado: e si el comprador o sus herederos non quisieren guardar el pleyto, nin

tornar la cosa, así como es sobredicho, si pena fuere puesta en el pleyto deuela pechar. E si el vendedor o sus herederos quisieran rescibir la pena, deuese partir de la cosa vendida; fueras ende si el pleyto fue puesto que tornase la cosa e pechase la pena . E si la pena non fue puesta en el pleyto, entonces el comprador es tenido de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; e si en su poder non es deue pechar el vendedor todos los daños, e los menoscabos que le vinieron porque non tornó aquella cosa que assí auuia vendida" (266).

Si bien la ley transcrita expresaba que la acción de retracto convencional podía ejercitarse en cualquier tiempo llevando a la creencia de que tal acción era imprescriptible tal y como se establecía en el Codex (267), la doctrina (268) y la jurisprudencia (sentencia de 7 de Abril de 1.866) entendieron aplicable el criterio de las acciones personales y por tanto, la extinción de la acción a los veinte años, si en el contrato no se hubiere fijado término.

#### 7.- ORDENANZAS REALES DE CASTILLA

Contienen dos leyes, la 6ª y la 7ª del título VII, del libro V que tratan de los retractos.

A) Ley Sexta

Es aquella misma del Fuero Real que legisló para el retracto gentilicio y que, para evitar una casi total repetición no se transcribe; presenta, sin embargo, una innovación: en caso de concurrencia de parientes del mismo grado, se procede a la partición; y una confusión en cuanto a la utilización de los términos tanteo y retracto, al hablar de retraer cuando todavía no se ha perfeccionado el contrato: "mas si antes que la heredad fuere vendida, non viniere el mas propincuo a retraer."

Señala como condiciones del ejercicio de retracto gentilicio las siguientes:

- no procede en los bienes muebles, por cuanto siempre habia de heredad.

- la cosa ha de proceder de patrimonio o abolengo, entendiendo como patrimonio lo adquirido por sucesión de padres o mayores.

- no procede en la permuta ("si la quisiere por otra heredad trocar no le puede ningún pariente contradecir"), aunque se haya de atender al ánimo de los contrayentes para evitar el que se celebre un contrato de permuta simulado para evitar el retracto,

- ha de ser usado por pariente de abolengo del grado más

propincuo, de no hacerlo tampoco podrá hacerlo otro pariente, sin más excepción que cuando dicho pariente más próximo no esté en el lugar. De haber dos o más del mismo rango que quisieran retraer la cosa, deben partirla entre sí, lo que planteaba el problema, a juicio de BENITO GUTIERREZ (269) de qué medio debería emplearse en caso de que la cosa no fuera partible, entendiéndose necesario que se llamara a licitación y se adjudicara al que más ofreciera,

- el término para ejercitar el derecho es de nueve días,

- es un derecho personalísimo otorgado en función de los vínculos familiares, por lo que no puede ser cedido a ningún extraño.

#### B) Ley Septima

Fue elaborada a petición de las Cortes para resolver varias dudas:

"Un hombre compra una heredad de otro; este comprador dispónese a pagar esta heredad por ventura malbaratando o vendiendo otros bienes suyos, y despues hace en esta heredad edificios, y labores, y amejoramientos, como en casa suya; y acaesce que un hijo o hermano, o otro pariente propincuo de aquel vendedor, por ventura incitado por él, y con sus propios dineros del vendedor, o por su inducimiento, a cabo de cinco, diez o

quince años que es hecha la venta, y la ve mejorada dice al comprador, que aquella heredad es de su patrimonio o abolengo, y que la quiere tanto por tanto, y que requiere con el precio; y si no le quiere recibir, pónale en deposito, y demándale la heredad, diciendo que éste que la pide, al tiempo de la venta era menor de edad, así que no le corrió la prescripción, ni le empeció transcurso de tiempo: o que fue a ente o impedido de pedirla hasta entonces, o por otro legítimo impedimento; y ayudase del remedio de la restitución o de otros, y con esto saca la heredad, que por ventura vale más, o los dos tercios que cuando la hubo el comprador, lo cual parece cosa inhumana y agra: por ende declaramos y ordenamos que los nueve dias contenidos en dicha Ley d el Fuero, para que el más propincuo saque la heredad vendida, que fue de su patrimonio o abolengo, corran contra los menores de veinte y cinco años, quier sea en edad pupilar o en adulta, y eso mismo contra los ausentes y que los unos ni los otros no se pueden ayudar de su menor edad, ni de la ausencia; y que haya lugar contra ellos esta prescripción de los dicho nueve dias, y que no les sea sobre esto otorgado restitución, ni rescisión del tiempo, salvo que a la letra se guarde la dicha Ley del Fuero contra los unos y los otros: y si el menor tuviere tutor o curador, que pueda sacar la heredad para el menor en el tiempo y como de suso se contiene.

Ca la dicha ley da facultad al pariente mas propincuo para retraer y acasese que un hombre hubo una heredad, que fue de su padre primeramente, y este tiene un hermano y un hijo, y vende esta heredad, que heredó a un extraño: viene agora este hermano y

este hijo del vendedor y pide cada uno esta heredad, porque dice cada uno que fue de su padre, y el hermano del vendedor dice, que él es pariente más propincuo de su padre, cuya fue primeramente la heredad, que no el hijo de su hermano y así que es más antiguo su derecho: y el hijo del vendedor dice que esta heredad fue de su padre y precedió en ella al tío, hermano de su padre, y que él representando la persona de este, es mejor en derecho; es duda cual debe haber la heredad tanto por tanto: nos declarando dicha Ley, ordenamos: que pidiendo la heredad de abolengo el hermano del vendedor y el hijo del vendedor, ambos en un tiempo, y en forma debidos, que sea preferido y haya la heredad el hijo para sí; pero si el hijo del vendedor dentro de los dichos nueve días no la quisiere, que la pueda sacar dentro de aquel mismo término el hermano del vendedor; pues la heredad fue asimismo habida y heredada por su padre o madre de ellos."

Dos son las dudas que aclara la Ley:

- El plazo de nueve días señalados al propincuo para retraer, corre contra toda clase de personas, no habiendo lugar a conceder privilegio alguno en este aspecto por razón de la privilegiada situación que en otros órdenes pudiera tener el retrayente. La Ley no deja sin remedio a los menores, pues aunque en la anterior se dice que nadie puede ser admitido a retraer, si no es en su propio nombre, se autoriza al tutor y al curador.

- En el caso de que la finca procedente del padre, la

reclamen a un extraño comprador uno de los hijos de aquel y un hijo de su hermano, es decir, tío y sobrino, se preferirá a éste por ser más propincuo. Si el sobrino no quisiera, sería el tío el que podría retraer, planteándose entonces el problema de cómo contar el plazo de los nueve días común para ambos, lo que podría dar lugar a abusos por mala fe del sobrino, o independiente para cada uno de ellos con la subsiguiente prolongación de la incertidumbre.

#### 8.- LEYES DE TORO

Dedican las leyes 70 a 73, a la regulación del retracto gentilicio o de abolengo, y la 75 a la de comuneros, bajo el epígrafe "Solemnidad y diligencias para retraer el comunero la heredad vendida", y la 74 al retracto de superficiarios. Incorporadas a la Novísima Recopilación, será entonces cuando se les dedique un mayor estudio.

#### 9.- NOVISIMA RECOMPILACION

El título XIII del libro X, lleva por epígrafe "De los retractos y derecho de tanteo".

- Las Leyes 1ª y 2ª de dicho Título, copian literalmente la 6ª y la 7ª del Título VII, Libro V de las Ordenanzas Reales de Castilla.

- La Ley 3ª dada a consecuencia de la petición décima de las Cortes de Sevilla por D. Enrique II en Toro, prohíbe el retracto gentilicio respecto a las enajenaciones en que el objeto del contrato haya entrado en el patrimonio del vendedor, no procedente del abolengo, sino por compra, permuta o donación de persona extraña a la familia.

"Por cuanto nos ha sido hecha relación, de que ha habido pleitos en que han pedido los hijos de algunos padres, o de otros sus parientes, las heredades que venden sus parientes o sus padres, nos las habiendo heredado los vendedores de su linaje, ni de sus parientes, sino habiéndolas comprado o habido por troque, o por donación o en otra manera: mandamos que no se puedan poner ni seguir los tales pleitos, ni hayan lugar de sé pedir, ni sacar tanto por tanto los bienes que así fueron vendidos; salvo cuando los tales bienes fueron vendidos por personas que los hubieron heredado de su abolengo ó de su patrimonio, y los vendiesen los que los así hubiesen heredado; y los que por tales razones los quisieren demandar, que los demanden desde el día que la vendida fuere hecha hasta nueve días".

El legislador trataba de impedir que se pusieran pleitos de retracto si no se trataba de personas del mismo linaje, no pudiendo además ser objeto de retracto, los bienes que hubieran



salido del patrimonio o descendencia del que vende y del que retrae.

- La Ley 4ª, 70 de Toro, no innovó sus precedentes, pero tuvo un objeto útil: disipar las dudas existentes en cuanto a cuándo procedía el retracto y desde cuando contar el plazo de los nueve días. En cuanto al primer punto, no quedó duda de que el retracto procedía en toda clase de almoneda, lo mismo en la voluntaria, que en la necesaria o por mandato del juez en las ventas del fisco, de menores, etc. Por lo que se refiere al momento de partida para el cómputo de los nueve días, se entiende que es desde el día de la venta:

"La Ley del Fuero que habla de sacar el pariente mas propincuo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, haya también lugar cuando se vendiere en el almoneda pública, aunque sea por mandamiento de juez; y los nueve dias que dispone la ley del Fuero, se cuenten en este caso desde el dia de remate, con tanto que consigne el que la saca el precio, y faga las otras diligencias que dispone la ley del Fuero y la ley del Ordenamiento de Nieva; y asimismo haya de pagar al comprador las costas y el alcabala, si la pagó el comprador, antes que la cosa así vendida le sea entregada".

- La Ley 5ª, 71 de Toro, viene a dar una solución para el caso de cosas vendidas por un sólo precio, y para el caso de que cada una de ellas se venda por precio diferente. Como consecuencia de la misma, se planteó la duda de que, vendidas

varias cosas en un sólo precio, una fuera de patrimonio o abolengo y la otra no; dado que el retracto tiene por fundamento que la finca sea familiar, si no concurre tal circunstancia, el pariente no podrá ser obligado a retraer, salvo en el caso de que el comprador manifestase que sin ella tampoco hubiese tomado la finca libre que se le deja:

"Cuando muchas cosas fueran vendidas por un precio, que sean de patrimonio ó abolengo, que el pariente mas propincuo no pueda sacar la una y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar o ninguna de ellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso fuera el pariente mas propincuo sacar las que de ellas quisiere, haciendo las diligencias y solemnidades en las dichas leyes del Fuero é Ordenamiento contenidas".

- La Ley 6ª, 72 de Toro, vino a establecer solución a lo que durante largo tiempo había sido objeto de disputas: vendida la cosa al fiado, también el retrayente podía comprarla en esas condiciones:

"Cuando la cosa que es de patrimonio o abolengo se vendiere fiada, que el pariente más propincuo la pueda sacar por el tanto asimismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias de fianzas bastantes, á vista de nuestra justicia, que pagará los maravedíes por que así fuere vendida, al tiempo que el comprador estaba obligado".

- La Ley 7ª, 73 de Toro, amplía a los parientes que pueden hacer uso del retracto hasta el cuarto grado. Si la cosa ha sido vendida a un pariente más remoto, al cumplirse la finalidad perseguida por este retracto, no podrá utilizar el retracto el pariente más próximo, a pesar de corresponderle según el tenor literal de esta ley el hacerlo:

"Cuando el pariente mas propincuo no quisiere, o no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente más propincuo siguiente en grado la podrá sacar, é así vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del cuarto grado, con tanto que dentro de los dichos nueve días, y con las otras diligencias contenidas en la Ley del Fuero y Ordenamiento".

- La Ley 8ª, 74 de Toro, establece una preferencia entre los retractos; reconoce a varias personas que puedan tenerlo y las prefiere a todas frente a los parientes. Así, si es un superficiario el que enajena la cosa, y concurren el señor directo y el consocio superficiario, debe de ser el primero el preferido; si es el señor del dominio directo el que vende la cosa y concurre un consocio y el superficiario, será éste a quien se haya de preferir. Y ello en función de que el legislador lo que persigue son las ventajas de la reconstitución del dominio.

"Cuando concurren sacar la cosa vendida por el tanto el pariente mas propincuo con el señor directo del dominio, o con el superficiario, o con el que tiene parte en ella, porque era común, prefierase en el dicho retracto el señor del dominio, y el

superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente más propincuo".

- La Ley 9ª, 75 de Toro, fue una novedad en cuanto concedía al condueño la preferencia aun después de consumada la venta con el fin de mejorar las condiciones de la propiedad y remover los obstáculos de la indivisión. Una sentencia de 18 de Junio de 1.857 establecía a este respecto, que el que haya de invocar este retracto, ha de poseer con otro la cosa que pretenda reclamar realmente, sin que baste con la falta de señales de división para entender que la poseen conjuntamente y que por tanto existe derecho de retracto de comuneros; también en esa línea se expresaba la sentencia de 24 de Marzo de 1.860.

"Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene en común con otro en caso que según la ley de la Partida la pudiera el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quisiere sacar, a consignar el precio en el tiempo é termino é con las diligencia é solemnidades, y de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propincuo, cuando fuera de su patrimonio y abolengo; de suerte que lo contenido en dicha ley del Fuero é Ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes, haya lugar é se platique en caso que el comunero quisiere sacar la cosa vendida por el tanto".

- En la Ley 10ª se concedía derecho a las alhóndigas para comprar por adelantado con preferencia a demás personas eclesiásticas o seglares, estableciendo un verdadero derecho de

tanteo a favor de las alhóndigas: "con quien concurrieren a compra pan que no estuviere comprado, que queriendo lo ellos por el tanto, lo hayan primero que ninguna de las dichas personas".

- En la Ley 11 se concedía un derecho de retracto según BADENES (270) y de tanteo según BENITO GUTIERREZ (271), "a los obligados a dar abasto de pescado en los pueblos y bastecedores de ellos", los cuales en virtud de la facultad por la ley otorgada podían "tomar en los pueblos y en las ferias y mercados que se facen en estos reynos, por el tanto el pescado que otros tuvieron comprado para revender dentro de dos dias despues que lo hubieren comprado".

- Las Leyes 12, 13, 14 y 15 aunque hablan de tantear como en el caso anterior, lo que lleva también a BENITO GUTIERREZ (272) a calificarlos de tanteo, conceden un derecho de retracto a los que tuvieren por trato hacer texer seda" y a "fabricantes de seda" toda aquella que "cualquiera mercaderes compraren para tomar o vender" o toda la cantidad que las fábricas hicieren constar necesitaban para sus labores "de la que se hubiere comprado por otras personas en los seis meses de la prohibición de la saca"; derecho que extendía a toda la seda necesaria de la que el comprador hubiere adquirido para exportar al extranjero, siempre que todavía se encontrase el producto en España.

- Las Leyes 16, 17, y 18 otorgan el mismo retracto a los fabricantes españoles respecto a la mitad de las cantidades de lana que el comprador hubiere adquirido para exportar, derecho

que por la ley 19 se extiende a las fábricas de jabón, respecto a la sosa y barrilla, por la 20 al trapo, a las fábricas de papel, y la 21, relativamente, al lino y cáñamo en favor de fabricantes de estos tejidos.

Para evitar el perjuicio que se podía causar al comprador expropiado por el tiempo que había permanecido improductivo su capital y basándose además en que no se concedía plazo al retrayente para ejercer su derecho (excepto en el caso del pescado que por la naturaleza del objeto era de dos días), se establecía que "será de obligación de los fabricantes satisfacerle el coste y costas con atención a los precios de los contrastes al tiempo de la cosecha, y además un medio por ciento al mes (6% anual), desde el día de la compra hasta el en que se verifique el tanteo por el lucro cesante.

Todas estas leyes que, como se puede apreciar y se ha señalado en algún supuesto hablan de tanteo tratándose en realidad de retracto, fueron derogadas por Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1.813 y restablecidas el 6 de Diciembre de 1.836.

#### 10.- PROYECTO DE CODIGO DE 1.851

Regula en los artículos 1.435 a 1.454 el retracto

convencional y el legal. Esta regulación ha pasado casi íntegramente al vigente Código. Las variaciones que introdujo el Código Civil de 1.889 se reducían a elevar a diez años el plazo que señalaba como máximo el proyecto para ejercitar el retracto convencional, y en la creación de un nuevo retracto, el de colindantes.

Al dedicar el Capítulo Segundo de la tesis al estudio histórico del retracto convencional, se recoge ahora solamente el contenido del articulado referente a los retractos legales, en comparación con los actuales, y los comentarios sobre él realizados por GARCIA GOYENA (273).

- Artículo 1.450: El artículo 1.521 procede inmediatamente de éste si bien no recoge la frase específica de que el derecho "lo tiene alguno por ley".

Incluye solamente los bienes inmuebles "por su mayor importancia y por ser muy rara la comunión de cosas o bienes muebles".

Comenta GARCIA GOYENA, que las especies de retracto legal quedan reducidas a tres, por desaparecer el de sangre, abolengo o gentilicio que, a pesar de su antiquísimo origen no corresponde a la tendencia de desamortización y libre circulación existente entonces.

- Artículo 1.451: Regula este artículo en los mismos

términos que el 1.522 actual, uno de los tipos de retracto legal, el de comuneros, señalando GARCIA GOYENA la existencia de una diferencia con respecto al retracto convencional del 1.443, dado que en aquel caso el derecho del que no quiere usar del retracto no acrece al que lo usa, y en éste sí, de forma que uno solo de los comuneros puede tantear toda la parte vendida.

- Artículo 1.452: Se establece el plazo de ejercicio del retracto legal y se marca el dies a quo del mismo, dies a quo que difiere notablemente de la regulación actual recogida en el artículo 1.524. Para que empiecen a correr los 9 días, dice GARCIA GOYENA (15), es necesario requerimiento por parte del vendedor o comprador, y podrá hacerse aun antes de formalizarse la escritura de venta... El requerimiento deberá hacerse por ante Notario para que conste con certeza y se eviten negativas vergonzosas; pero no habrá necesidad de acudir para ello al Juez con dilaciones y gastos que nada añadirán a la certeza".

- Artículo 1.453: Regula la preferencia del retracto enfiteúutico sobre el de comuneros en base a que, según opinión de GARCIA GOYENA, "el comunero tiene para salir de la comunidad, la facultad concedida en el artículo 1.455 (solicitar la venta en pública subasta), facultad que no puede usarse en otros casos.

El Código Civil actual no se refiere a esta preferencia, pero sí a la existente entre comuneros y colindantes, a favor de aquellos.



- Artículo 1.454: Se remite este artículo a los presupuestos materiales de ejercicio del retracto convencional en los artículos 1.440, 1.447 y 1.449.1 si bien GARCIA GOYENA sostiene que "limitado este retracto al corto término de 9 días, rara vez o nunca, podrá tener lugar lo dispuesto en el artículo 1.447 (reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida).

- Artículo 916: Establecía un derecho de retracto para los coherederos, regulándolo para el caso de venta antes de la partición; si uno se subrogaba en el lugar del adquirente, los demás no podrán reclamar nada, porque la finalidad de la ley estaba cumplida: alejar al extraño.

Sesñalar por último que el artículo 1.563 del Proyecto regulaba el retracto en el supuesto de la enfiteusis, y que nada decía del de colindantes, que, como ya se ha recogido es una innovación del Código Civil justificada en la Exposición de Motivos por la finalidad de "facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, donde este exceso ofrece obstáculos insuperables al desarrollo de la riqueza".

#### 11.- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1.855

Recogía sustancialmente en esta materia, las disposiciones de la vigente promulgada por Real Decreto de 3 de Febrero de 1.881.

GARCIA CANTERO (274) señala su alcance innovador en lo que se refiere a la cuestión tenazmente debatida por los tribunales acerca de si el plazo para ejercitar el derecho de retracto legal corría contra el ignorante de haberse celebrado la venta y de cuándo debía comenzar a contarse tal plazo. Los artículos 674, 675 y 676 (actuales 1.618, 1.619 y 1.620) establecían este plazo de 9 días a contar desde el otorgamiento de la escritura de venta, salvo si la venta se había ocultado maliciosamente, en cuyo caso los 9 días no comenzaban a correr hasta el siguiente al en que se acreditare que el retrayente tuvo conocimiento de ella. Con tal cómputo, ambos textos de Ley de Enjuiciamiento Civil, el de 1.855 y el de 1.881, se separan de lo establecido por el artículo 1.452 del Proyecto, que, como se ha recogido en el comentario al Proyecto, exigía un previo requerimiento por parte de comprador y vendedor.

## V.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION

### 1.- EJERCICIO

#### A) Nacimiento de los derechos reales de adquisición

El nacimiento de los derechos reales de adquisición varía según el origen de los mismos. Si se trata de derechos reales de adquisición convencionales, su nacimiento tendrá lugar mediante el negocio jurídico celebrado por las partes; si por el contrario, son de origen legal, se producirá cuando concurren los elementos establecidos por la ley. En uno y otro caso "el nacimiento tendrá lugar en el momento en que se reúnan los elementos esenciales que forman su estructura: sujeto, objeto y contenido" (275), y que es el momento constituido por la perfección del negocio o por la existencia de la situación jurídica prevista por la ley.

Tal afirmación que podría parecer una perogrullada (276), tiene su razón de ser en el hecho de que entre el nacimiento y el ejercicio de esos derechos, transcurre normalmente un lapso de tiempo en el que ni siquiera se sabe si se va a poder ejercitar. El titular de un derecho real de adquisición, ya sea legal o convencional, es titular del derecho desde la creación o constitución de éste, sin embargo no en todos los supuestos va a poder ejercitarlo desde este instante. La posibilidad de adquirir la cosa objeto del mismo está normalmente limitada por la necesidad de que concurren determinadas circunstancias.

La distinción entre momento de nacimiento y momento de

ejercicio no ha sido siempre mantenida; así lo recoge ALBALADEJO (277) quien aludiendo a la opinión del Tribunal Supremo de que el derecho nace al verificarse la transmisión o enajenación de bienes en sentencias de 17 de Abril de 1.958, 16 de Junio de 1.960, 24 de Octubre de 1.961, 9 de Octubre de 1.962, 21 y 27 de Enero y 26 de Junio de 1.965, 23 de Enero de 1.971, contrapone un argumento favorable a esa necesaria distinción: ocurre lo mismo que si se estableció un derecho de hipoteca en garantía de una obligación, que luego es pagada voluntariamente, la hipoteca no surte efectos en su fase de ius distrahendi. Así, las mismas razones por las que haya que afirmar que el derecho de hipoteca existe desde que se estableció y no que nace cuando la obligación asegurada se incumple, hay para afirmar que el de adquisición existe desde antes y no que surge cuando se enajena la cosa".

No obstante esta postura, el tribunal supremo sigue insistiendo en la idea de que el derecho nace cuando se produce la compraventa que origina un ejercicio (sentencia de 29 de Abril de 1.986)

El momento de nacimiento no coincide normalmente con el de ejercicio (278); ambos instantes están separados por un lapso de tiempo en el que el titular de un derecho de adquisición no puede aun ejercitarlo sino que ha de aguardar a que concurran las circunstancias pactadas o establecidas por la ley. El momento de ejercicio coincide más bien con el de la muerte del derecho pues al tratarse de derechos de tracto único, su ejercicio supone también su extinción.

Los derechos de adquisición de origen legal son concedidos por la ley a quienes se encuentran en determinada situación (comuneros, colindantes, arrendatarios, enfiteuta); por tanto en el momento que esas personas formen parte de tal situación devendrán titulares del derecho de adquisición, independientemente de que su ejercicio venga condicionado por la realización de una transmisión. Esta es una realidad plenamente aceptada por todos hasta el punto de que ha provocado poner en cuestión la propia naturaleza de derecho real de adquisición de origen legal como verdadero y autónomo derecho subjetivo, y no como mero poder integrador de un derecho subjetivo más amplio como es la propiedad (279).

#### B) Momento de actuación

Ya se ha señalado en el epígrafe anterior que en el derecho real de adquisición el nacimiento es anterior a la posibilidad de su ejercicio, sin embargo, ello no es completamente cierto con carácter general, como también se ha recogido, dado que en la opción y en el retracto convencional, el momento de nacimiento y el de posibilidad de ejercicio coinciden sin perjuicio de que sea posterior o nunca se dé el ejercicio efectivo, debido precisamente a su diferente configuración y distinto funcionamiento.

Cuando se establece un derecho de opción o bien cuando éste

es establecido por la ley, se concede una libertad absoluta a su titular para que ejercite el derecho en el momento en el que desee desde el instante del nacimiento y sin que el propietario de la cosa tenga posibilidad alguna de negarse. El optante puede ejercitar su derecho cuando quiera, sin tener que "desplazar para ocupar su puesto a nadie que hubiese contraído una relación jurídica con el dueño" (280), dado que es él el primero en contraerla (salvo lógicamente el caso en que el propietario enajena la cosa a un tercero, si bien los derechos del optante estarían a salvo por el carácter real del derecho).

En consecuencia, tampoco en el retracto convencional que no es sino un caso específico de opción, tendrá que esperar el titular a que se produzca la transmisión, bastará con que en el plazo estipulado y las condiciones pactadas, ejercite su derecho. Así se desprende de su naturaleza, -es una opción especial-, y del propio articulado del Código Civil (artículos 1.508 y siguientes).

El caso del tanteo y retracto, tanto legales como convencionales, es distinto, por cuanto la preferencia a sus titulares otorgada por ley o por convenio, sólo podrá ejercitarse cuando se produzca o se vaya a producir la transmisión. Su titular, tantas veces se ha dicho ya, no podrá ejercitar el derecho cuando así lo desee como en el caso de los anteriores, sino que habrá de esperar la decisión y actuación del propietario; la limitación del derecho de propiedad es en este

caso más débil.

\*

\*

\*

No obstante, y aun entendiendo que tanteo y retracto no son sino dos fases de un mismo derecho, subsiste el problema en relación al momento de actuación del tanteo.

Del retracto no hay duda por cuanto la propia ley se refiere a la consumación de la enajenación o transmisión realizada: "el derecho de retracto es el de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa ..." (artículo 1.521), "se reconoce un derecho de retracto sobre el local del negocio cuando ... hubiere realizado el traspaso.. desde que tenga conocimiento de la transmisión" (artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); se concede el retracto al arrendatario cuando "la transmisión se realizare..." (artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Asimismo lo exigen doctrina y jurisprudencia; BADENES GASSET (281) observa que "es doctrina reiterada de Tribunal Supremo que el retracto sólo puede aprovecharse cuando la venta está consumada, cuando el vendedor ha transmitido al comprador el dominio con la posesión de la cosa mediante la tradición real o simbólica (sentencia de 26 de Mayo de 1.943, 4 de Julio y 21 de Diciembre de 1.946, 5 de Febrero de 1.952), siendo necesaria no sólo una operación de compraventa, sino una verdadera y consumada adquisición del dominio por parte de terceros (25 de Marzo de 1.957), pues la simple promesa de venta, aun aceptada, que no produce efectos

transmsivos sino obligatorios, sólo da lugar a un derecho expectante (sentencias de 26 de Abril de 1.945)"; añadiendo que, por tanto "en el retracto la preferencia tiene lugar una vez consumada la enajenación; aun cuando ni el artículo 1.521 del Código Civil ni el 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exigen tal consumación. Otras sentencias en las que se observa esta postura del Tribunal Supremo en supuestos de arrendamientos son: 27 de Noviembre de 1.947, 2 de Julio de 1.950, 11 de Octubre de 1.958, 24 de Octubre de 1.961, 7 de Febrero de 1.964. CLEMENTE DE DIEGO, ARECHEDERRA, PASCUAL QUINTANA (8) mantienen la misma opinión.

\*

\*

\*

El caso del tanteo no aparece, sin embargo tan perfilado. En su regulación se encuentran preceptos que se refieren al momento de su ejercicio de muy distinto modo: el artículo 1.637 dispone en relación al tanteo o retracto enfiteúticos que "el que trate de enajenar el dominio de una finca enfiteútica deberá avisarlo al otro condueño, declarándose el precio definitivo que se le ofrezca o el en que se pretenda enajenar su dominio", siendo así que no es igual el precio definitivo que el que se pretende obtener. Esta expresión final del artículo 1.637 hace indudable referencia -a juicio de O'CALLAGHAN- al periodo previo y a su distinción con las declaraciones de las partes (oferta y aceptación) que constituyen el consentimiento contractual; no



basta con los simples tratos previos, se requieren las declaraciones de voluntad que perfeccionen el negocio jurídico: oferta y aceptación definitivos; "el tanteo opera, continúa este autor, cuando se ha perfeccionado y aun no se ha transmitido la finca enfiteútica mediante la tradición" (283).

El artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos habla de notificación de "su decisión de traspasar y el precio que le ha sido ofrecido"; el 47 de la misma ley, de notificación "de la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido.. ."

La falta de coincidencia existente en la legislación, se presenta también en la doctrina; para PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (284) "el tanteo procede antes de perfeccionarse la venta, el retracto después". GARCIA AMIGO (285) habla de este derecho como aquel en el que sólo existe una transmisión, aquella en la que adquiere el tanteante, por cuanto que se ha de ejercitar antes de la consumación de la enajenación que origina su ejercicio.

ALBALADEJO (286) entiende que funciona normalmente entre el contrato encaminado a la transferencia de la cosa del que sólo nace la obligación de transferirla y la enajenación o transferencia de ésta mediante su tradición al comprador. El tanteante sí ha de desplazar a un tercero con quien el dueño había celebrado ya el contrato.

El distinto funcionamiento de estos derechos supone además que mientras el retracto no podrá ser violado por la transmisión de la cosa, ya que es precisamente esa transmisión la que da lugar a su ejercicio, en el tanteo al transmitirse la cosa antes de transcurrir el tiempo establecido para su ejercicio, se produce el incumplimiento del propietario, sin que tal incumplimiento, dado el carácter real de este derecho, impida su ejercicio, incluso después de tal transmisión y sea quien sea el entonces propietario de la cosa.

C) Enajenaciones que permiten su ejercicio.

Recogido en el epígrafe anterior el distinto modo de actuación de los derechos reales de adquisición, es claro iniciar el análisis de las enajenaciones que dan lugar a su ejercicio separando dos grandes bloques, la opción y el retracto convencional de un lado y sus análogos legales lógicamente), y el tanteo y el retracto de otra (legales y voluntarios).

Los del primer bloque no requerirán enajenación alguna para su ejercicio, éste dependerá de la exclusiva voluntad de su titular, sin que nada importe la existencia o no de enajenación, o el deseo de hacerla (287), porque no es esta enajenación previa la que desencadena el mecanismo de la adquisición preferente, sino que es la voluntad del optante o del retrayente quien lo provoca.

No ocurre lo mismo con el segundo bloque, para cuyos derechos resulta determinante la existencia de una enajenación, bien en el momento anterior a la transmisión de la cosa, bien después; en cualquier caso el problema se resuelve de muy distinta manera en función de que sean legales o negociales. En este último caso las partes serán libres de fijar la enajenación que permita su ejercicio (288). Advierte a este respecto CAMY SANCHEZ CANETE de una excepción: la de establecer un derecho de tanteo en el caso de transmisiones hereditarias por cuanto que por su propia naturaleza es imposible efectuar la notificación antes de que la adquisición haya tenido lugar (289).

Por otra parte, y en cuanto a la posibilidad de crear negocialmente estos derechos de adquisición para ser ejercitados en base a una transmisión gratuita, ARECHEDERRA (290) mantiene que si bien "tanto el Código Civil como las Compilaciones forales parecen supeditar la configuración legal de las preferencias adquisitivas al concurso de una transmisión onerosa" no existe norma imperativa o razones de política legislativa que impidan establecer contractualmente la admisibilidad de la preferencia adquisitiva en la transmisión gratuita.

En este sentido la resolución de 20 de Septiembre de 1.986 admite la inscripción de unos derechos de adquisición preferentes creados mediante pactos en cuya cláusula sexta se decía: "si cualquiera de dichas parcelas se transmitiese bien sea por donación, bien por legado o herencia ... podrán adquirirla abonando el valor que salvo acuerdo entre los interesados fijen

unos peritos designados". Para este autor el fundamento de esta posibilidad se recoge en la propia resolución: "en virtud del negocio jurídico concluido se amplía el campo propio de aplicación del tanteo al extenderlo a su puestos de transmisión gratuita y permuta" sin que ese pacto sea contrario a ninguna norma, genérica o específica; si no se establece su existencia legalmente es porque "razones de política legislativa inclinan a pensar que la normalidad del tráfico es oneroso y que no tiene sentido prever unos mecanismos para supuestos excepcionales", además, tanteo y retracto son sólo limitaciones y no anulaciones de la facultad de disposición, en tanto que si se establecieren para una transmisión gratuita, anularían ésta por no respetar su causa: una liberalidad "intuitu personae".

\*

\*

\*

En cuanto a los legales, si se examina la regulación de los mismos, puede comprobarse la tendencia del legislador a exigir enajenaciones onerosas, "por lo general la ley prevé la venta o dación en pago, y excepcionalmente la venta en subasta, la permuta, la donación e incluso la división de cosa común"(291).

Excepcionalmente se encuentran las opiniones de RIAZA (292) quien afirmaba que el retracto legal procede respecto de todas las enajenaciones en que por su propia naturaleza pueda conseguirse la total subrogación del retrayente en lugar del comprador; de LINARES NOCI para el que esta interpretación extensiva evita los posibles fraudes (293); y de MANRESA (294)

que también considera suficiente "cualquier transmisión de dominio cuya especial naturaleza no impida la subrogación".

En principio, sin embargo, el articulado del Código Civil habla simplemente de venta o dación en pago (asimilando ésta a aquella ) y de enajenación; requiriendo la venta se encuentra el artículo 1.524 al establecer el plazo de ejercicio del retracto legal; el 1.521 al definirlo; el 1.523 refiriéndose a los colindantes; el 1.067, al regular el retracto de coherederos; el 1.636, con respecto a la enfiteusis, y en relación al que GOMEZ CALERO afirma que "las palabras del Código Civil: compra o dación en pago, son terminantes" (295). Exigiendo simplemente una enajenación a título oneroso se encuentran sólo el artículo 1.522 en el caso de comuneos, y el 1.656 en el de los censos.

Basándose en esta interpretación restrictiva, hay que destacar las sentencias de 17 de Febrero de 1.954, 9 de Julio de 1.958, 3 de Diciembre de 1.959 ("en el retracto legal, tanto por su naturaleza limitativa del principio de la libre contratación cuanto por las circunstancias para el ejercicio de los derechos que envuelve, los preceptos que lo gobiernan contenidos en las disposiciones que los regulan, han de ser interpretados en forma restrictiva"), 7 de Diciembre de 1.959 y 16 de Mayo de 1.960.

En la legislación especial, por el contrario, las posibilidades son más amplias; los artículos 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos contemplan el traspaso como determinante del ejercicio de tanteo y retracto del arrendador, siendo así que

se trata de "un negocio jurídico de carácter complejo que no puede ser equiparado sin más a una compraventa, pese a que el legislador habla de traspaso por precio y por dación o adjudicación en pago de deudas", y de que además "lo que el ejercicio de estos derechos origina no es la transmisión de la cosa al patrimonio del arrendador, en el que nunca dejó de figurar la titularidad dominical de la cosa arrendada y traspasada (296).

Se plantea FUENTES LOJO, en relación al artículo 36, si procedería el retracto en los casos de adjudicación mortis causa y gratuita, entendiendo en cuanto a este último supuesto que por no darse los requisitos de los artículos 29 y 32 el arrendador podría solicitar la resolución del arrendamiento, y ya no habría problema; en cuanto a la transmisión mortis causa, defiende la tesis -aunque señalando su injusticia-, de que el retracto no opera en dicho caso (297).

También el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se muestra con carácter extensivo, al hablar de venta, cesión solutoria y división de la cosa común, señalando FUENTES LOJO en base a este artículo, la posibilidad de ejercicio del retracto en el supuesto de ventas con pacto de retro (aplicando analógicamente la sentencia de 30 de Enero de 1.952); y no en los casos de permuta (sentencias de 26 de Enero de 1.950, 24 de Enero de 1.953, 22 de Diciembre de 1.957, 11 de Mayo de 1.959, 23 de Mayo de 1.960), a no ser que encubriera una compraventa; plantea a este respecto el supuesto de que el propietario de una finca

arrendada se ponga de acuerdo con un promotor y le autorice a elevar una edificación a cambio de uno o varios pisos de la misma, y calificándolo de permuta de cosa futura entiende no cabe el retracto. Tampoco cabe según su opinión en la donación, por faltar el requisito del precio (sentencias de 8 de Abril de 1.959, 21 de Junio de 1.961), aunque fuera remuneratoria. Ni tampoco en los casos de transmisiones a cambio de una renta vitalicia (29 de Mayo de 1.957 y 9 de Diciembre de 1.964: "como en el caso de los presentes autos la demanda se apoya en la cesión de un inmueble según un contrato de renta vitalicia....., y cuya naturaleza no es precisamente la de una compraventa ni la de dación en pago.....") (298).

El artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece un derecho de adquisición, junto con el derecho de tanteo y retracto, para los casos de donación, aportación a sociedades, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos a la compraventa, salvo dos excepciones: transmisión gratuita al cónyuge, descendiente o ascendiente, o permuta agregando la finca permutada.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1.973 va más allá al otorgar el artículo 46 un derecho de adquisición preferente cuando de cualquier forma se infrinja la unidad mínima de cultivo; y más incluso el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, al otorgar lo que denomina un derecho de reembolso cuando la explotación familiar agraria deje de serlo.

Estas nuevas posibilidades abiertas por la legislación especial, hacen que GARCIA CANTERO crea que no es seguro que en el futuro el legislador haya de limitarse a los citados (299).

\*

\*

\*

La jurisprudencia, tradicionalmente, ha entendido tal materia como objeto de interpretación restrictiva, por ser una limitación a la propiedad y a la libre contratación; de esa orientación son sentencias de 9 de Julio de 1.903, 7 de Junio de 1.915, 3 de Abril de 1.909, 20 de Enero de 1.910, 24 de Noviembre de 1.921 ("como la finalidad del retracto es el interés público y social de evitar la disgregación de la propiedad privada, es Ley de privilegio y deben interpretarse en sentido restrictivo los preceptos que regulan su ejercicio"); las de 9 de Julio de 1.958 y 12 de Febrero de 1.959 se refieren a que tanto por la naturaleza limitativa del principio de la libre contratación cuanto por las circunstancias que se requieren para el ejercicio de los derechos que envuelve, los preceptos que gobiernan al retracto legal han de ser interpretados en forma restrictiva y con sujeción a los términos que los condicionan; la sentencia de 16 de Mayo de 1.960 declara que el retracto legal es sólo posible conforme al artículo 1.521 del Código Civil, en los supuestos de venta o dación en pago.

Hay también jurisprudencia con orientación extensiva. En la sentencia de 9 de Marzo de 1.893 entendió que existía el retracto de comuneros en el supuesto de "cesión del suelo para la



plantación de viñas por el tiempo que vinieren las primeras cepas"; la de 11 de Junio de 1.902 declaró que existía retracto cuando la cosa se transmite mediante la constitución del censo reservativo dado que ésta constituye una enajenación o venta del predio; las de 14 de Mayo de 1.912 y 30 de Diciembre de 1.927 entienden válido el derecho de retracto en base a una permuta.

A partir de estas sentencias, del propio fundamento de los derechos y de razones de carácter práctico, ALBALADEJO (300) entiende que "dentro del tipo de enajenaciones para las que en principio se concede el retracto, caen no sólo aquellas dos expresamente señaladas en la ley, sino también otras que sustancialmente les sean equiparables, como el caso de la enajenación de la cosa a censo reservativo, el de adjudicación por consecuencia de juicio ejecutivo, el de adquisición de la cosa por un tercero al que había sido enajenado el derecho de retracto convencional sobre aquella que se pactó cuando el dueño de la misma la vendió a otro".

Como se ha señalado, tal opinión encuentra sus razones (además de en la jurisprudencia) en el fundamento de los derechos dado que si la concesión del retracto se debe a que es preferible que la cosa vaya a parar a manos de una persona concreta y no de un tercero, lo mismo da que la cosa llegue a esa manos por haberse producido una venta que cualquier otra enajenación. También los motivos prácticos están en la base de esa postura; si sólo se permitiera la venta o la dación en pago sería sumamente fácil burlar el derecho de retracto llevando a cabo la

enajenación de la cosa no mediante , sino a cambio de otra fungible; además de tratarse de un fraude haa que considerar que en ese caso lo mismo que recibió por la cosa el enajenante, se lo pudo dar el retrayente.

Conviene referirse a la obra de BADENES GASSET (301) por cuanto que tras exponer ambas orientaciones de la jurisprudencia y alabar el hecho de que en cualquier caso el Tribunal Supremo no se contenta con la denominación dada al contrato sino que se reserva calificarlo con la que le corresponde según su verdadera naturaleza penetrando en sus cláusulas, analiza sobre todo su postura ante concretos tipos contractuales.

En relación a la renta vitalicia, se refiere a una sentencia de 9 de Diciembre de 1.964 de orientación restrictiva, que declara la no procedencia del retracto arrendaticio "por no poder alegar razones de analogía en base al artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuyo ámbito, sin desconocer el espíritu proteccionista para el arrendatario, no cabe incluir tal contrato; tampoco cabe en el caso de la donación, aun cuando vaya simulada por un contrato de compraventa (sentencia de 16 de Noviembre de 1.956); y tampoco, basándose en este caso en la opinión de CASALS COLLDECARRERA (302) en el caso de la aportación de la cosa a una sociedad por cuanto no se separa absolutamente del patrimonio del aportante".

## 2.- CADUCIDAD DE LOS DERECHOS DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL

### A) En general

Como se verá más adelante, la caducidad aparece como uno de los modos de extinción de los derechos reales de adquisición, sin embargo, no lo es de todos ellos, solamente de la opción, del retracto convencional y de los demás de origen negocial, si así se estipula por las partes (303); en el caso de los derechos reales de adquisición establecidos por ley la caducidad no supone su extinción sino simplemente la imposibilidad de ejercicio con referencia a la enajenación proyectada o realizada, según se trate de tanteo o de retracto, pero no en su desaparición definitiva. En un futuro, con ocasión de otras enajenaciones, esos derechos otorgados por la ley, podrán ser de nuevo ejercitados, siempre y cuando subsista la situación jurídica prevista por la ley que les da origen. En ese sentido señala GARCIA AMIGO (304) "en la vida de los derechos reales cabe distinguir dos periodos, uno desde su nacimiento hasta que pueden ejercitarse y otro constituido por el plazo de ejercicio que, a su vez, lo es de caducidad... pasado el cual el derecho se extingue -opción- o no es ejercitable para la enajenación que le sirve de referencia -tanteo y retracto-".

La caducidad objeto de este apartado es la que imposibilita temporalmente su ejercicio.

## B) Carácter de caducidad o prescripción

Que el plazo durante el que estos derechos son ejercitables es un plazo de caducidad, es algo mantenido por el propio legislador, la doctrina y la jurisprudencia. Así el artículo 48.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice textualmente "el derecho de retracto caducará ..."; también se expresa en esos términos el artículo 45.3 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Por su parte, autores como ALBALADEJO, GARCIA CANTERO, GARCIA AMIGO, O'CALLAGHAN (305) afirman categóricamente su cualidad de derechos que caducan; solamente BORRELL Y SOLER mantiene que es un plazo de prescripción (306).

En cuanto a la jurisprudencia, se entiende que es la sentencia de 30 de Abril de 1.940 la que establece claramente la postura del Tribunal Supremo a ese respecto. Hasta entonces había mantenido que el plazo de 9 días del artículo 1.524 era de prescripción; en la citada sentencia se señala sin embargo: "al prohibir el artículo 1.524 que se ejercite el derecho de retracto legal pasados los 9 días desde la inscripción en el Registro o desde que el retrayente haya tenido conocimiento de la venta, en defecto de aquella inscripción, no se limitó a modificar el número 1 del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente al momento inicial de caducidad, sino que con expresión de sentido más amplio que el restrictivo de aquella ley, exigió que dentro del término referido se ejercitara el

derecho, con lo que vino a admitir la posibilidad de que así se haga acudiendo al acto de conciliación, ya que éste es uno de los medios que la ley concede para el ejercicio de los derechos, entre ellos concretamente el de retracto, según de manera expresa tiene declarado esta Sala". La sentencia de 24 de Febrero de 1.961 declara que los plazos tanto de tanteo como de retracto son "términos fijos, transcurridos los cuales se produce de manera directa e inmediata la decadencia del dinero".

La sentencia de 12 de Febrero de 1.981 dice expresamente "la caducidad que contempla el apartado 2 del citado artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aparece claramente referida al derecho de retracto"; en el mismo sentido se expresan las sentencias de 17 de Junio de 1.981 ("computar la caducidad de la acción retractual") de 16 de Febrero de 1.982 ("el derecho fue reclamado dentro del plazo de caducidad fijado por la ley") y 21 de Octubre de 1.985.

C) Dies a quo

Establecido el carácter de caducidad del plazo de ejercicio de estos derechos, se plantea el problema de determinar cuál es ese plazo y el momento a partir del que debe iniciarse su cómputo, momento este último de una gran trascendencia, dado lo reducido de la mayor parte de los plazos concedidos legalmente.

Primero.- El artículo 1.524 del Código Civil considerado como norma general en cuanto a la caducidad de los retractos legales ("no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los 9 días ..."), aunque es excepcionado en la mayor parte de los casos por normativa especial, establece que el plazo de 9 días concedido para el ejercicio del retracto legal se ha de iniciar con la inscripción en el Registro y, en su defecto desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. Se separa con ello de la regulación recogida en la primera edición del Código civil y, por tanto de las pautas de GARCIA GOYENA (307) que establecían con carácter necesario el requerimiento por parte del vendedor o del comprador, hecho ante escribano.

La supresión del requerimiento no aparece, sin embargo, clara; la interpretación literal del artículo conduciría a la creencia de que el dato básico para el inicio del cómputo es el de la inscripción en el Registro, siendo así que el principal es el de la toma de conocimiento de la enajenación por parte del retrayente. ALBALADEJO, GARCIA CANTERO así lo entienden dado que la inscripción en el Registro no reviste carácter obligatorio en nuestro Ordenamiento (308).

El criterio que juega en primer lugar es, por tanto, el de la toma de conocimiento por parte del retrayente de la realización de la enajenación, un conocimiento que, además ha de ser completo, cumplido o cabal (309), es decir teniendo noticia exacta y de todos los extremos que interesan y no sólo de datos incompletos de sus condiciones, pues si "el retrayente ha de

subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, es preciso que las conozca exactamente para que el ejercicio del derecho responda a un juicio exacto sobre su conveniencia" (310). Entre las numerosas sentencias que así lo señalan (20 de Noviembre de 1.958, 29 de Diciembre de 1.960, 6 de Mayo de 1.961, 11 de Diciembre de 1.964, 16 de Marzo de 1.965, 8 de Febrero de 1.967, 18 de Noviembre de 1.971, 6 de Marzo de 1.973, 15 de Febrero de 1.974, 20 de Febrero de 1.975, 30 de Octubre de 1.978, 12 de Diciembre de 1.986), cabe destacar las de 18 de Noviembre de 1.971 que afirma "la interpretación hecha por el juzgador del artículo 1.524 del Código Civil se ajusta exactamente a la reiterada doctrina de este Tribunal del plazo de viabilidad, que el retrayente conozca en momento oportuno, cabal y completo, no sólo la venta sino todas las condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse efectuado ésta"; y la de 12 de Diciembre de 1.986 para la que el cómputo a partir de la inscripción registral, sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha", teniendo que ser ese conocimiento "completo respecto a todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste".

El conocimiento además ha de recaer sobre el hecho de la consumación de la enajenación (refiriéndose al retracto). La sentencia de 20 de Mayo de 1.943 declara que "la consumación lesiona en forma más viva y eficaz que la perfección del derecho

de preferencia del retrayente, y en este sentido debe entenderse que el agravio efectivo y firme no se produce mientras el comprador es sólo titular de un derecho personal, sino que la lesión definitiva se acusa al adquirir el comprador la cualidad de dueño por la concurrencia en su favor del título y el modo o tradición de la cosa vendida; que el artículo 1.524 al señalar como comienzo del cómputo de los 9 días la fecha de inscripción de la venta, por estimar con presunción "juris et de jure" que en ese momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, claramente da a entender que se refiere a la venta consumada por tradición y consiguiente transferencia inmediata y directa del dominio, quedando excluida de esta norma rectora del cómputo, la venta meramente perfeccionada que por ser negocio obligacional no tiene acceso inmediato al Registro". La sentencia de 21 de Diciembre de 1.946 en el Considerando de la sentencia de casación decía: "... en virtud de estos esenciales efectos se hace ineludible afirmar que el retracto sólo puede tener lugar cuando está ya la venta consumada, esto es, cuando el vendedor ha transmitido al comprador el dominio con la posesión de la cosa mediante tradición real o simbólica".

También la sentencia de 5 de Febrero de 1.952 se expresa en esos términos: "... la acción de retracto por su carácter real no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiere retraer entra en posesión de la misma por tradición real o simbólica -pues hasta ese momento en que se consuma el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que trata de retraer no ha salido aun



del dominio del vendedor, aunque puede existir por parte del comprador una acción personal para reclamarlo"; en la segunda sentencia dice: "... se ha creído necesario que el punto de partida para el cómputo del plazo que la Ley concede para ejercitar la acción de retracto debe ser la fecha en que el retrayente conozca la consumación de la venta, pues hasta ese momento en que la venta llega a la plenitud de sus efectos la cosa de que se trata no es aun del comprador y sigue perteneciendo bajo el dominio del vendedor, aunque esté haya iniciado el proceso de su transmisión a un tercero ...", es obligado declarar que no existiendo la acción de retracto que trata de ejercitar la parte por no estar aun consumada la venta de la parte de la finca a que se refiere, no puede prosperar su demanda".

Caracterizado el primer criterio a seguir en la determinación del dies a quo, corresponde ahora analizar el segundo de ellos: inscripción en el Registro.

El cómputo a partir de la inscripción registral sólo juega cuando no consta que el conocimiento sea de fecha anterior (sentencias de 20 de Noviembre de 1.958, 5 de Mayo de 1.972 y 12 de Diciembre de 1.986); la inscripción se equipara al conocimiento efectivo "por razón de estimar que la publicidad registral permite tomar aquel, que si entonces falta es por negligencia del retrayente..., inscrita la transmisión en el Registro, comienza a correr el plazo del retracto, lo conozca o no el retrayente" (311).

Debe de tenerse en cuenta que la fecha de inscripción en el Registro a considerar, es la de inscripción propiamente dicha, y no la del asiento de presentación. Ello se funda según BADENES GASSET "en que el Código habla de inscripción y no de presentación del título en el Registro, y en que el adquirente y retrayente no son terceros con arreglo a la Ley Hipotecaria, por lo que no tratándose de efectos de la inscripción con respecto a terceros, no debe atenderse al artículo 24 de la Ley, conforme al que la fecha de inscripción de un título es la del asiento de presentación" (312).

Igualmente, O'CALLAGHAN recogiendo doctrina jurisprudencial, observa que ha de tenerse en cuenta la fecha del asiento de inscripción, siendo importante en este sentido que el propio artículo 1.638 distinga la entrada del documento en el Registro como "presentada la escritura en el Registro..." (313).

No existiendo conocimiento anterior de la transmisión por parte del retrayente e inscrita en el Registro, comenzará a correr el plazo establecido por entender que tal inscripción es equiparable al conocimiento del retrayente que, en cualquier momento puede consultar en el mismo la realización de la enajenación. Sin embargo, y dado el poco carácter práctico de esta situación -ALBALADEJO opina que con ello se le obligaría a montar un servicio permanente de información registral (314)-, sólo será posible la equiparación cuando la ley lo señale.

Segundo.- Analizados los criterios que con carácter general

establece el artículo 1.524, se debe ahora proceder al estudio de lo regulado por la normativa especial y que como se ha apuntado excepcionan el régimen general del artículo 1.524 en la mayor parte de los casos.

- Retracto de coherederos: El artículo 1.067 establece que el plazo de un mes comienza cuando la transmisión se haga saber al retrayente, exigiendo aparentemente no la mera toma de conocimiento por parte de éste, sino la notificación. Para ALBALADEJO (315), sin embargo, el espíritu de este artículo no es sino el de que baste que por cualquier medio llegue a conocerlo. La sentencia de 25 de Noviembre de 1.961 adujo no obstante que "la Sala sentenciadora con mejor criterio estableció que por tratarse de coherederos el plazo no había transcurrido aun, en virtud de la norma específica del artículo 1.067 del Código Civil en dicha demanda".

- Tanteo y retracto enfiteúticos:

. Tanteo: Establece el artículo 1.637.1 un plazo de 20 días a contar desde la notificación que se efectúe al tanteante. A excepción de las ventas judiciales, en las que, a tenor del artículo 1.640 no es necesario el aviso, excepción lógica a juicio de O'CALLAGHAN por cuanto que el plazo es distinto, "el plazo fijado en los edictos para el remate"; no hay un momento desde el que corran los días del plazo, sino un término que es el periodo fijado en los edictos para el remate desde que se publica la subasta y el día de celebrarse ésta, hasta el momento de la

adjudicación (316).

. Retracto: El plazo establecido para su ejercicio por el artículo 1.638 es distinto en cuatro diversos casos, dependiendo principalmente de que se hubiera producido o no la notificación para poder ejercitar el tanteo, ya que no se debe olvidar que en la enfiteusis se conceden tanteo y retracto acumulativamente.

a) Plazo ordinario: si notificada la posibilidad de tantear, el titular de este derecho no lo ejercitó, podrá no obstante, y en el plazo de 9 días desde el otorgamiento de la escritura de venta, ejercitar el retracto.

b) Plazo ordinario con ocultación de la transmisión: si ese otorgamiento se ocultara, el plazo comenzará con la inscripción en el Registro (artículo 1.638). Para O'CALLAGHAN ocultar la transmisión supone no decirlo, impedir que llegue a conocimiento del retrayente, pero como tal transmisión debe constar en escritura pública a tenor del artículo 1.628, ocultar la transmisión es ocultar el otorgamiento de la escritura; la ocultación puede probarse por cualquier medio, aunque legalmente exista, si no se presenta la escritura al Registro dentro de los 9 días siguientes a su otorgamiento (317).

Este caso es una de las excepciones establecidas por la ley a la regla general de la toma de conocimiento: el plazo comienza a computarse con el otorgamiento de escritura o con la inscripción en el Registro según haya habido o no ocultación de aquella.

c) Plazo extraordinario: en el supuesto de que no hubiera habido notificación para ejercitar el derecho de tanteo, podrá ejercitarse el de retracto durante más de un año a contar desde la inscripción (artículo 1.639), aun cuando el retrayente tenga previo conocimiento de la transmisión (sentencias de 11 de Diciembre de 1.964, 8 de Junio de 1.965).

Es necesario señalar que en ese supuesto no se tiene en cuenta la toma de conocimiento porque lo que juega no es un único derecho real de adquisición como ocurre con el tanteo enfiteúutico cuyo cómputo si bien ha de iniciarse con la notificación previa, puede también comenzarse si se ha tenido conocimiento previo del mismo, sino con dos derechos reales acumulativamente otorgados; el plazo de retracto se iniciará con la inscripción y no con la toma de conocimiento por no haberse notificado el tanteo.

d) Plazo en la venta judicial: un sólo plazo de 9 días desde el otorgamiento de la escritura pública (artículo 1.640).

- Tanteo o retracto del arrendatario urbano

. Tanteo: El artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece un plazo de 60 días a partir de la notificación fehaciente por parte del arrendador, notificación que, por otra parte, ha de reunir los requisitos que este mismo artículo requiere.

Hay que señalar el hecho de que en el supuesto de que el

tanteante no ejercite su derecho, el propietario ha de efectuar la venta proyectada con un tercero dentro de los 10 días siguientes, de no hacerlo, no podrá intentar otra transmisión hasta pasados dos años (artículo 49).

Si no se ha producido la notificación o se omite en ella cualquiera de los requisitos exigidos, se podrá ejercitar el derecho de retracto.

. Retracto: A diferencia de la enfiteusis, en el arrendamiento sólo existe derecho de retracto cuando no ha sido posible el ejercicio del tanteo, supuesto ideal por el que aboga la mayor parte de la doctrina, dando fin a situaciones un tanto irregulares (caso de la enfiteusis).

El plazo concedido es también de 60 días desde la notificación, notificación que para PUIG BRUTAU (318) no debe ser entendida como insustituible, dado que la Jurisprudencia admite que el arrendatario renuncie expresa o tácitamente a ser notificado por el adquirente, en cuyo caso, el plazo se habrá de contar desde que toma conocimiento pleno y detallado de la transmisión por algún medio fehaciente.

Así la Sentencia de 19 de Diciembre de 1.968 declara: "... el legislador dió al artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, una redacción diferente, más clara y rotunda que la del artículo 64 de la Ley anterior, eliminando la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento, así como

cualquier otra fuente de conocimiento que no se apoye en una notificación fehaciente... salvo en los casos en que el arrendatario se dé por notificado renunciando expresa ó tácitamente a su derecho ..., si tuvo conocimiento (en este último caso) de la transacción, desde entonces empezó a correr el plazo de caducidad". Asimismo sentencias de 22 de Noviembre de 1.958, 27 de Marzo de 1.960, 19 de Mayo de 1.961, 22 de Junio y 14 de Septiembre de 1.987

ALBALADEJO (319) opina que con el fin de evitar de litigios principalmente (mucho más probables que en otros casos) que emprendería una parte en la confianza de poder probar que la otra tuvo conocimiento adecuado, y la otra de que no le sea probado, la voluntad de la ley ha sido que, omisión hecha del conocimiento de la transmisión que por otros medios puede tener el retrayente, el plazo se cuenta desde el día siguiente a la notificación que se haga en los términos que la ley señala". Así opina el Tribunal Supremo en numerosas sentencias: 24 de Junio de 1.954, 21 de Mayo y 26 de Junio de 1.964, 6 de Marzo de 1.965, 11 de Mayo de 1.966, 8 de Febrero y 5 de Octubre de 1.967, 5 de Enero, 27 de Febrero, 15 de Marzo, 3 de Abril, 28 de Junio, 31 de Octubre y 19 de Diciembre de 1.968, 19 y 23 de Enero de 1.971.

Con esto se separa este derecho real de adquisición de la norma general de tener el conocimiento del retrayente como dies a quo del plazo de caducidad.

- Tanteo o reeracto del arrendador del local de negocio

. Tanteo: El artículo 35 de la ley reconoce un derecho de tanteo en el plazo de 30 días a partir de la notificación de la decisión de traspasar y del precio que le ha sido ofrecido.

. Retracto: En el caso de incumplimiento del arrendatario por no no notificar o por hacerlo con precio superior al verdadero, el arrendador del local de negocio tiene un derecho de retracto dentro de los 30 días siguientes a la notificación o en su defecto al conocimiento de la transmisión. El artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, reconoce expresamente que si bien la notificación es obligatoria, el plazo de caducidad comienza a correr desde que el retrayente tuviera conocimiento del traspaso.

- Tanteo o retracto del arrendatario rústico o aparcero.

. Tanteo: La Ley de Arrendamientos Rústicos exige el deber de notificar el propósito de enajenar, así como las condiciones en que pretende hacerlo. A partir de la notificación, el plazo de caducidad es de 60 días hábiles. Si no se hizo y al igual que en el caso anterior, se tiene la posibilidad de ejercitar el retracto (sentencia de 7 de Abril de 1.986).

. Retracto: El plazo de 60 días hábiles concedido comienza desde que se tenga conocimiento de la transmisión efectuada. La Ley en este supuesto ni siquiera exige la notificación, bastándole con que el posible retrayente conozca la transmisión.



D) Cómputo del plazo de caducidad

Dos son las cuestiones que se plantean:

Primera.- ¿Cuándo ha de empezar a correr el plazo, el mismo día o al siguiente a aquel en el que tenga su origen?

Segunda.- ¿Se han de descontar los días inhábiles?

Primera.- Respecto a cuando ha de empezar a correr el plazo, la doctrina (320) opina mayoritariamente que si el plazo es fijado en meses o años, el cómputo es de fecha a fecha, o si por el contrario se fija por días, el plazo comienza a las 0 horas del día siguiente a aquel en que el retrayente tiene conocimiento de la transmisión. No hay que olvidar que se trata de cómputo civil y por tanto y como regla general el día inicial se excluye del mismo; la sentencia de 30 de Enero de 1.974 así lo recogió estimando la existencia de una "máxima que ha llegado a constituir un auténtico principio general de que "dies a quo non computatur in termino", válido en todos los Ordenamientos jurídicos modernos, arraigado de tal modo que los compiladores de las vigentes Codificaciones no estimaron preciso ni siquiera justificar su validez, y a cuya aceptación contribuyó poderosamente la doctrina del Derecho Canónico que la mantuvo inalterable hasta el actual Codex ius canonici, en cuyo canon 34, párrafo 3, núm. 3 se proclama expresamente"; la sentencia de 1 de Marzo de 1.977 vino a insistir en la misma postura.

La razón de la exclusión hasta la reforma del título preliminar del Código Civil (aprobada por Decreto de 31 de Mayo de 1.974 que aprobó el texto articulado de la Ley de Bases de 17 de Marzo de 1.973) se basaba en el artículo 1.130 que expresamente señalaba como comienzo del plazo de la obligación el día siguiente al que estuviera determinado; en base a él, la sentencia de 2 de Abril de 1.956 decía con referencia concreta a un retracto de colindantes: "... y ante esa falta de concreción la Sala sentenciadora tuvo necesidad de recurrir para la interpretación de este precepto por analogía, al contenido del artículo 1.130 del Código Civil que dispone que si el plazo de las obligaciones está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo que empezará el siguiente".

Respecto a este punto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado más concretamente para el supuesto de que el día a quo esté marcado por la inscripción en el Registro; la sentencia de 15 de Diciembre de 1.956 afirma: "como la computación hecha momento a momento podía suscitar dificultades prácticas, nacidas unas del régimen interior del Registro inmobiliario, y surgidas otras por la dificultad material de que presentados los títulos a horas hábiles, la inscripción se practicase fuera de ellos, con las subsiguientes dificultades para que el retrayente tuviese cabal juicio de los términos a que necesariamente tenía que acomodar su demanda, la muy reciente doctrina de este Tribunal, en sentencia de 2 de Abril último ... ha resuelto el problema manteniendo la tesis de que el plazo de caducidad en los supuestos en que venga

determinado por la inscripción registral, ha de contarse desde el siguiente al de la inscripción, sin incluir en su cómputo el en que tuvo lugar".

Sin embargo y tras la citada reforma, la exclusión del cómputo del día que se señala como inicial es establecido como regla general para todos los plazos por el nuevo artículo 5.1. ALBALADEJO observa que tanto el artículo 1.130 como el 5.1 "han seguido tenazmente manteniendo una letra que no dice eso, lo que pasa es que a pesar de su obstinación en no decirlo bien, se ve claro el espíritu de que en ningún plazo cuente el día que se marque para delimitar su comienzo"(321).

Como excepción, el propio artículo 5 señala que el día inicial podrá incluirse en el cómputo por pacto de los interesados o por disposición de la ley (artículo 315 del Código Civil con referencia al cómputo de la mayor edad, y lo mismo en la usucapión según el artículo 1.960.3)

Con carácter especial para los derechos reales de adquisición, otro precepto que recoge expresamente la exclusión, es el 48.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: "el derecho de retracto caducará a los 60 días naturales contados desde el siguiente a la notificación.."

Segunda.- En cuanto al cómputo de los días inhábiles, se entiende que el tiempo es continuo, es decir sin descuento de los días inhábiles.

Es ésta la regla general en el Derecho Civil donde el artículo 5.2 dice expresamente: "en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles". Por el contrario en Derecho procesal y a tenor del artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cómputo es útil, es decir con exclusión de los días o periodos inhábiles; dice el número 1 de éste último: " los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil. En los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles".

Se plantea entonces el problema de determinar si los plazos son de Derecho civil o de Derecho procesal; el criterio que debe seguirse es que un plazo es procesal y se le aplica el cómputo útil cuando se cuenta a partir de un acto procesal, pero es civil, con cómputo continuo, cuando no arranca de un acto de este tipo.

En concreto, para los derechos reales de adquisición, la sentencia de 11 de Febrero de 1.959 afirmó que "según se ha declarado en sentencias de 8 de Abril de 1.920, 13 de Junio de 1921, 12 de Mayo de 1.956, no es procesal o judicial, porque para que un término pueda calificarse de procesal o judicial según las sentencias que acaban de citarse, y la de 24 de Marzo de 1.893, es preciso que tenga por punto de partida una actuación de igual clase".

La jurisprudencia no sólo lo ha declarado repetidamente así,

sino que hasta ha dicho que si el último día del plazo es inhábil no puede utilizarse en su lugar el siguiente (sentencias de 14 de Noviembre de 1.962).

A esta regla general existen excepciones establecidas por ley: el tanteo o retracto arrendaticio rústico para los que expresamente señala el artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que en el plazo de 30 días habrán de contabilizarse sólo los hábiles; que el artículo 1.638 hable de días "útiles" nada significa pues observa O'CALLAGHAN (322), no dice hábiles que, por otra parte es un concepto procesal que no debe tenerse en cuenta, dado que es aplicable el artículo 5.2.

### 3.- CONCURRENCIA

#### A) Tipos de concurrencia

El hecho de que existan varios derechos reales de adquisición que consistan precisamente en eso, en adquirir algo, unido a que tales derechos son de tracto único y, por tanto sólo uno podrá ser ejercitable cada vez, hace que el ejercicio de uno excluya el de los demás y por tanto que sea necesario establecer un orden de preferencia para el caso de que concurren varios (323).

El Código Civil prevé la posibilidad de colisión y ofrece algunos criterios de preferencia que puedan resolverla; sin

embargo, las leyes especiales han venido a enturbiar tales criterios ofreciendo a su vez otros que ocasionan situaciones inconsecuentes, como que derechos que son vencidos por otros según el Código Civil, sean preferentes a los mismos según las leyes especiales.

No obstante y a pesar de esa inconsecuencia cabe distinguir tres supuestos de colisión:

Primero: Concurrencia de derechos reales de adquisición legales con derechos reales de adquisición negociales.

Se entiende, a pesar de que nada dice ningún precepto, que son preferentes los de origen legal por haber sido impuestos por la ley imperativa contra la que nada puede el pacto o el testamento que da origen a los negociales (324); lo cual no es del todo exacto por cuanto sólo determinados preceptos reguladores de estos derechos pueden considerarse de carácter cogente (los relativos al retracto arrendaticio rústico, al de colindantes por infracción de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y al tanteo o retracto arrendaticio de viviendas no rústicas).

Surge entonces un segundo criterio favorable a los legales cual es el que si bien muchos de ellos están regulados por preceptos de carácter dispositivo, "los intereses que la ley ha querido proteger con los retractos legales, han de ser preferidos a los que los particulares hayan establecido" (325).

CANO (326), mantiene la prelación de los legales sobre los negociales en base a su mayor fuerza preferencial y rango.

En el capítulo séptimo correspondiente a la concurrencia del retracto convencional con otros derechos reales de adquisición, se observará que no se trata de preferencia, sino de desarrollo normal, y de acuerdo con su propia naturaleza y momento de creación de los derechos.

Segundo: Concurrencia de derechos reales de adquisición negociales, de igual o diferente tipo.

Siendo todos los derechos concurrentes de origen negocial, y por tanto todos ellos debidos a la simple voluntad de las partes, el único criterio posible en caso de colisión es el de la prioridad cronológica, siendo determinante para ello, dice GARCIA CANTERO (327) la fecha de asiento de presentación si están inscritos en el Registro; a ello cabría oponer que para el cómputo del plazo de ejercicio no se tiene en cuenta tal asiento sino que se parte del verdadero asiento de inscripción.

Tercero: Concurrencia de derechos reales de adquisición de origen legal.

Cabe hacer a su vez una subclasificación entre los de igual o distinto fundamento.

- De igual fundamento: Se trata de aquellos supuestos en

los que varios titulares con idéntico derecho de adquisición concurren para obtener una cosa enajenada o que se va a transmitir, de ahí que algunos autores (328) en lugar de hablar de colisión entre derechos de igual fundamento, hablen de colisión entre titulares o de pluralidad de retrayentes o de concurrencia homogénea.

Para CANO (329) juegan dos principios jurídicos opuestos, el de división por el que el objeto del derecho real de adquisición ha de repartirse entre los concurrentes en función de sus cuotas, y el de atribución preferente, según el que la cosa ha de atribuirse a uno solo, con exclusión de los demás. Para ESPIN la ley busca en estos casos un criterio de coordinación en lugar del de preferencia (330).

Con todo, cabría unificar las soluciones concretas del Derecho Positivo en una regla general y su excepción: la regla general sería la proporcionalidad, cada interesado ejercitaría su derecho según la cuota que le correspondiera en la situación que fundamente el derecho de adquisición. Así lo establece el Código Civil para el retracto de comuneros (artículo 1.522.2: "cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común), para el enfiteútico (artículo 1.642: "Cuando el dominio directo o el útil pertenezca a varias personas, cada una de ellas podrá hacer uso del derecho de retracto con sujeción a las reglas establecidas para los comuneros". A esta solución se opuso en su día, el 14 de Noviembre de 1.881, el Tribunal Supremo por



entender que la finalidad de consolidar la propiedad estaba cumplida y que no cabe aplicar el 1.522 por no venderse a un extraño).

Esta regla es asimismo establecida para el caso de coherederos (artículo 1.067) y para los correspondientes supuestos de las Leyes especiales de Sociedades Anónimas y de responsabilidad limitada.

Por otra parte, no es necesario, según sentencia de 11 de Junio de 1.951, que concurren todos los condóminos, bastando con que la ejerzan cada uno por separado pues ejercitan facultades propias con arreglo al 1.522.2 del Código Civil.

La excepción la constituye el supuesto de los colindantes donde en lugar de la proporcionalidad que daría lugar a lo que precisamente se trata de evitar -un excesivo fraccionamiento-, se aplica el criterio de la menor cabida y en su defecto el cronológico: si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida, y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite" (artículo 1.523); el Código Civil adopta así una solución más conforme con el fin del retracto. La frase al mismo tiempo ha de interpretarse no en el sentido de que se interponga el retracto a la vez, sino dentro del mismo periodo de ejercicio.

Si el retracto de colindantes es el de la Ley de Reforma y

Desarrollo Agrario, la preferencia se otorga a la inversa que en el Código Civil, primero al que antes lo interponga y en su defecto al colindante de la tierra de menor cabida (artículo 45.2). CANO (331) incluye en este supuesto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario el criterio del convenio entre los concurrentes que puede llegar o no a la división y prorrateo del fundo adquirido, criterio que entiende es aplicable en segundo lugar, antes del de la cabida.

La inversión de criterios entre el Código Civil y la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se debe según BADENES GASSET (332) a que en ésta el retracto de colindantes tiene un largo plazo de ejercicio haciendo aconsejable preferir al que lo interponga antes.

Algún autor, así PUIG BRUTAU (333), incluye en este apartado de colisión entre titulares, el supuesto antes regulado por el artículo 16.7 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1.959, y ahora recogido en el artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Se trata del caso de fincas de aprovechamientos diversos concedido a diferentes arrendatarios; para el citado autor existe una preferencia a favor del arrendatario principal sobre otros arrendatarios secundarios, lo que a juicio de ALBALADEJO (334) es erróneo, dado que sólo existe una declaración de que, en esos casos, sólo corresponde derecho de adquisición al arrendatario principal y no a los secundarios.

El artículo 93.1 de esta Ley contempla otro supuesto: "cuando

sean varios los arrendatarios de una misma finca ... el derecho de tanteo y retracto y el de adquisición preferente podrán ser ejercitados por ellos separadamente, referidos a la porción o porciones de fincas ocupadas, respetando las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo".

En cuanto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, el artículo 37 resuelve el supuesto de pluralidad de arrendadores para el caso del retracto a su favor en los casos de traspaso: "los coarrendadores no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto individualmente, pero si alguno de ellos no desease usarlos se entenderá que renuncia en beneficio del coarrendador que quisiera tantear o retraer".

No resuelve sin embargo, el problema de la pluralidad de arrendatarios para el caso de retracto en favor de éstos.

- De distinto fundamento: Se trata de aquellos supuestos en los que varios titulares de distintos derechos de adquisición preferente pretenden para sí una cosa que se enajena a un extraño (335); se distingue de la colisión de derechos de igual fundamento en que la concurrencia se produce no entre personas titulares de un mismo derecho, sino entre los derechos, por eso también se le denomina concurrencia heterogénea -BADENES GASSET (336)-, pluralidad de retractos -PUIG BRUTAU (337)-, o colisión de títulos -CANO (338)-.

El problema planteado por la colisión de distintos derechos reales de adquisición (aunque se hable de retractos, la colisión es posible también entre otros derechos de adquisición) (339) es si cabe más complicado que el de la concurrencia de titulares de un mismo derecho por cuanto que en el Derecho Positivo además de no haber una regla general de jerarquía, existiendo sólo soluciones parciales para ciertos casos como ya ocurría con los del mismo fundamento, resulta imposible la coordinación entre los distintos criterios legales (340). Tal situación es objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina; GARCIA AMIGO (341) afirma que "esta regulación casuística presenta graves inconvenientes: en primer término no permite la inducción fácil de reglas generales; en segundo lugar hay casos no resueltos expresamente; por último se presentan supuestos de contradicción entre las reglas existentes". ALBALADEJO (342) apunta también este problema achacándolo a la falta de coordinación tenida por las leyes especiales con respecto al Código Civil: "Las leyes que se han dictado después del Código Civil han venido a sembrar de inconsecuencias la materia".

B) Posturas mantenidas ante la colisión de derechos reales de adquisición de distinto fundamento

La importancia del problema planteado por la colisión de estos derechos de adquisición hace necesario un estudio más detallado de las posturas mantenidas ante el mismo:

Primera: Que la preferencia varía según la Ley que se

aplique (Código Civil, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos)

Segunda: Que existe una única escala entre los derechos de adquisición preferente sea cual fuere la legislación aplicable.

Primera: Existencia de distintos órdenes de preferencia. Es ésta la postura mantenida mayoritariamente por concebir imposible un único orden (343).

ALBALADEJO (344) partiendo de la imposibilidad de un único orden que daría lugar "al pintoresco caso de retractos que son vencidos por otros a los que, sin embargo, vencen algunos que son vencidos por los primeros", no concibe que un Ordenamiento considere mejor en una ocasión un retracto que otro, y en otra estime que otro retracto aun mejor que el primero es peor que el segundo; ello le hace pensar en dos posibles soluciones:

- adaptar el sentido del artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos o el del 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, al resto del Ordenamiento.

- entender derogado el orden establecido por el Código Civil en todo lo que éste se oponga a las leyes especiales.

En cualquier caso la orientación común es entender que existe un orden de preferencia distinto según entre en juego sólo el

Código Civil o también las leyes arrendaticias, teniendo en cuenta que "los casos de colisión previstos por leyes especiales han de regularse en primer lugar por éstas. Por lo tanto, el orden de preferencia que las mismas señalen se antepone por razón de aquella especialidad, al establecido en el Código Civil" (345).

Con todo ello podrían establecerse las siguientes reglas:

- Prevalece el derecho de adquisición del arrendatario urbano sobre cualquier otro excepto sobre el de comuneros de la vivienda o local enajenado (artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

- El derecho de adquisición del arrendatario rústico prevalecerá sobre cualquier otro excepto el de colindantes del 1.523 del Código Civil cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto del retracto como la colindante que lo fundamenta (artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos). Si el derecho de adquisición que ejercita es el de acceso a la propiedad, será preferente sobre cualquier otro.

- Si el arrendatario rústico o urbano no ejercita su derecho, o si el supuesto no se encuentra incluido en alguna de estas normas, la preferencia se regirá por el Código Civil:

- . el derecho de adquisición de los dueños enfiteúticos (artículo 1.642),

. el de los comuneros (artículo 1.524 del Código Civil)

. el de los colindantes.

Este orden es en realidad el mismo de la Ley 74 de Toro con la diferencia del retractor de colindantes que ocupa el lugar del gentilicio.

Comenta PUIG BRUTAU (346) el caso concreto de la concurrencia de comuneros y de colindantes (finca que no exceda de una hectárea en régimen de comunidad y lindando con otras fincas), aduciendo que la preferencia del de comuneros sobre el de colindantes es tanto como decir que conviene a los intereses generales favorecer que se extingan los estados de indivisión aunque sea a costa de sacrificar los intereses en que se funda el retractor de colindantes, porque con ello hace desaparecer la comunidad o, al menos, disminuir el número de comuneros. Para GARCIA CANTERO (347) tal preferencia es harto discutible sobre todo, a la vista de la copiosa legislación promulgada sobre unidades agrarias y concentración parcelaria que revela un inequívoco designio legislativo en favor de la desaparición del minifundio sobre la consolidación de la propiedad en pocas manos.

Segunda: Existencia de un único orden de preferencia.

Es la postura mantenida por CANO (348) al entender que "todas las normas aplicables conforman un sistema jurídico unitario que

debe desechar la incongruencia. Ese orden en el que incluso llega a incluir y por tanto ordenar con una jerarquía a los derechos de adquisición de carácter administrativo, a los que se establecen en favor de los Patronatos de Casas Militares es, a los efectos que interesan el siguiente:

- 1) Tanteo y Retracto enfiteúuticos.
- 2) Retracto de Comuneros.
- 3) Tanteo y Retracto arrendaticio rústico y urbano.
- 4) Retracto de Colindantes.

- El primer puesto corresponde al tanteo y retracto enfiteúutico por considerarlos el artículo 1.642 del Código Civil preferentes al de comuneros y éste al de colindantes (artículo 1.524.2). Por su parte la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley de Arrendamientos Rústicos no determinan expresamente que la preferencia enfiteúutica pase detrás de la que corresponde al arrendatario sino que simplemente callan respecto de su colocación, lo que a juicio de CANO no es sino una laguna subsanable con el régimen supletorio del Código Civil (artículos 1.642 y 1.524.2); tal interpretación, continua este autor, es de carácter obligatorio, ya que de no ser así la preferencia enfiteúutica a la que el Código Civil concede el primer lugar, aparte de un rango preferente como lo demuestra la concesión acumulativa de tanteo y retracto, ocuparía el último lugar, lo



que resultaría absurdo.

- El segundo puesto es para el retracto de comuneros en función de los artículos 1.524 y 1.642 del Código Civil (preferencia sobre colindantes pero no sobre el derecho de adquisición enfiteútica respectivamente) y del artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que lo antepone al derecho de adquisición arrendaticio.

Este autor en su afán de conseguir ese único orden de prelación, llega incluso a afirmar la supresión de la diferenciación entre comuneros con antigüedad de más y de menos de tres años recogida por la entonces vigente Ley de Arrendamientos Rústicos en base, además de en razones históricas, en que la calidad jurídica de la comunidad a efectos del retracto es la misma sea cual fuere la antigüedad.

- El siguiente en el orden es el derecho de adquisición arrendaticio urbano del artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El rústico al que el entonces vigente artículo 16.5 de la Ley de 16 de Julio de 1.949 anteponía también el retracto de colindantes, pasa ahora a un lugar superior por considerar este autor que resultaría absurdo "que la Ley de Arrendamientos Rústicos que pretende otorgar cierto grado de preferencia sobre otros derechos de adquisición al del arrendatario, lo dejare relegado al último lugar, lo que ocurriría si fuere posterior al de colindantes porque el interés jurídico protegido a través del retracto de colindantes es inferior al atribuido al arrendaticio;

porque la comparación de los plazos de ejercicio de los distintos derechos de adquisición evidencia la preferencia del retracto y el tanteo arrendaticios sobre el de colindantes; porque el Derecho Comparado europeo sigue la solución propuesta".

- Por último, el de colindantes por todo lo anteriormente señalado.

GARCIA AMIGO (349) ante la regulación fragmentaria existente y originadora de todas estas cuestiones, pide otra nueva completa, sistematizada y coherente, en base a una serie de criterios considerados como expresión moderna de la llamada función social de la propiedad, sea en su aspecto técnico o puramente social: "conseguir la consolidación de la propiedad dividida y la eliminación de la comunidad -considerada como obstáculos jurídicos al progreso económico", "dar preferencia a quien como arrendatario habita una vivienda, explota un local de negocio o cultiva un fundo".

#### 4.- CAUSAS DE EXTINCION

Señala GARCIA AMIGO (350) como la ley no determina con carácter general cuáles son las causas de extinción de estos derechos, ni de todos y cada uno de ellos en particular. Para ALBALADEJO (351) la extinción de los derechos reales de adquisición puede tener lugar por las mismas causas que los

demás derechos reales, siendo las más frecuentes el ejercicio y la caducidad.

No queda por tanto, sino recurrir a la Teoría General de los derechos reales y adaptar las causas generales de extinción de estos derechos al caso concreto de los de adquisición.

Primera: Destrucción y salida del comercio de la cosa.

Si el derecho real tiene como objeto la adquisición de una cosa y ésta desaparece o sale del comercio, el derecho real deja de tener significado; en un caso, por razones materiales, y en otro por razones jurídicas, el derecho real se extingue.

Segunda: Por mandato de la ley.

Caso del artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Rústicos donde se determina que "la inclusión de una parcela en la concentración, da lugar a la extinción del retracto de colindantes, del derecho de permuta forzosa y demás de adquisición que se otorguen por las leyes para evitar los enclavados y la dispersión parcelaria".

Tercera: Ineficacia del acto constitutivo.

Lógicamente sólo para los derechos reales de adquisición de origen convencional tiene significado esta causa de extinción, pudiendo ocurrir solamente algo similar en el caso de los legales

como es el supuesto de la derogación de la ley que lo establece.

En cuanto a los negociales, éstos se extinguirán cuando por cualquier causa se destruyan los efectos del acto que los creó, ya sea un precontrato, ya un testamento.

En el caso del retracto convencional, concretamente donde el precontrato va unido al contrato de compraventa, también se extinguirá el derecho real de adquisición si este contrato carece de eficacia, por cuanto que no habrá posibilidad de adquirir lo que todavía no ha salido del patrimonio.

Cuarta: Por consolidación, o coincidencia según denominación de GARCIA AMIGO (352).

La consolidación, en el campo de los derechos reales, tiene lugar cuando se reúnen en un sólo sujeto la propiedad de una cosa y un derecho real limitativo de la misma. No cabe sin embargo, confundirla con la confusión a pesar de que autores como ESPIN (353) y DIEZ PICAZO (354) consideren ambas figuras como equivalentes. Y ello porque la extinción de los derechos reales por consolidación se debe a razones distintas de las que fundamentan la de los derechos de crédito. ALBALADEJO sostiene que en tanto con la consolidación sólo se extingue un derecho, en la confusión se extingue el único derecho que había (355).

GONZALEZ PORRAS (356) maneja cinco argumentos distintos:

- la extinción en la consolidación se basa en la inutilidad de existencia de un derecho menor; en la confusión, en la imposibilidad de que subsistan crédito y deuda cuando una persona es titular de ambas situaciones

- en la consolidación se produce una reunión entre dos situaciones activas (derecho de propiedad, derecho real limitado); en la confusión, el encuentro lo es entre titularidad activa (crédito) y pasiva (obligación).

- la extinción en la confusión supone la desaparición de las relaciones jurídicas existentes; en la consolidación, si bien elimina la individualidad de la relación de menor entidad no la destruye, el derecho real absorbido permanece aunque no con su propio "nomen iuris".

- la consolidación produce un efecto general menos intenso que la confusión (así por ejemplo la legislación permite la subsistencia de la hipoteca constituida sobre un derecho de usufructo cuando éste concluye por causas ajenas a la voluntad del usufructuario).

- una parcial consolidación permite la subsistencia del derecho real completo, en tanto que una parcial confusión produce la extinción parcial de la relación existente.

•

Tratándose de derechos reales de adquisición, la consolidación provocará su extinción en los términos recogidos para los derechos reales en general, siempre y cuando tal consolidación se produzca por causas distintas al propio ejercicio del derecho (así por herencia, donación). El fundamento de su extinción como en el resto de los casos, es bien simple, no cabe adquirir lo que ya se tiene en propiedad.

#### Quinta: Renuncia del derecho real de adquisición

Dice la Teoría General de los derechos reales, que renunciando un derecho real en cosa ajena, éste se extingue y el contenido de poder que tuviera revierte a la propiedad, que se expande (357).

Con el fin de entender mejor la renuncia de los derechos reales de adquisición, cabe hacer una breve referencia a la renuncia como negocio jurídico con carácter general.

CARIOTA FERRARA definió la renuncia como el negocio jurídico unilateral por el que el titular de un derecho subjetivo hace dejación del mismo con su consiguiente extinción. Consiste en una declaración de voluntad -expresa o tácita, muy difícilmente presunta- mediante la que el sujeto manifiesta querer hacer dejación del derecho; en base al artículo 6 del Código Civil el titular puede renunciar libremente a su derecho sin otra limitación que la de que tenga capacidad de disposición, y sea disponible el derecho de que se trate, aparte de que éste no

contrarie el interés o el orden público, ni perjudique a terceros (358).

El negocio jurídico de renuncia se caracteriza, a su juicio, del siguiente modo:

- Unilateral: basta con la voluntad del titular que ni siquiera es recepticia (no exige destinatario) produciendo efectos jurídicos sólo para su autor; no cabe confundir este negocio jurídico de renuncia claramente unilateral con un posible contrato -negocio jurídico bilateral que establezca como obligación para una de las partes, la necesidad de renuncia a algo-.

Tal carácter de unilateral, tiene entre sus consecuencias, otros dos caracteres: gratuidad e irrevocabilidad.

- Inter vivos: salvo el supuesto recogido en el artículo 870 del Código Civil (legado de liberación) la renuncia es un negocio inter-vivos.

- De disposición: provocan inmediatamente la pérdida o gravamen de un derecho; "extingue un derecho real en cosa ajena o una relación dominical o un derecho de expectativa de índole real" (359).

- Principal: existe por sí sólo, no depende ni se justifica

en función del derecho al que se renuncia.

No queda sino hacer una referencia a la clasificación que de este negocio hace ROCA SASTRE (360), distinguiendo entre:

- renuncia abdicativa: el sujeto de un derecho hace dejación de un derecho ya incorporado a su patrimonio.

- renuncia preventiva: el sujeto hace dejación de un derecho no incorporado a su patrimonio; es una "omissio adquirendi" pues se rehusa adquirir un derecho que pretende pasar a formar parte del patrimonio.

- renuncia recognoscitiva: el sujeto separa de su esfera jurídica de voluntad un derecho dudoso o controvertido.

Siguiendo la clasificación de ROCA SASTRE, O'CALLAGHAN califica la renuncia de los derechos reales de adquisición como una renuncia preventiva por cuanto el sujeto activo hace dejación de su derecho, separa de su esfera patrimonial un derecho a adquirir otro derecho, rechaza a hacer suyo un derecho aun no incorporado a su patrimonio (361).

\*

\*

\*



En el caso de los derechos reales de adquisición, es necesario distinguir entre los de origen legal y los de origen convencional. Estos son plenamente renunciables, rigiendo en toda su extensión el principio de renunciabilidad de los derechos establecido en el artículo 6.2 del Código Civil (362). Es significativa la sentencia de 14 de Enero de 1.964 referente al derecho de opción: "por ser incuestionable que puede ser renunciado por decisión de quien con carácter exclusivo lo tiene".

Los legales lo son o no dependiendo de la fase en la que se encuentre el derecho. Para ALBALADEJO (363) cabe distinguir cuatro fases distintas con consecuencias asimismo diferentes:

- Dentro del plazo de ejercicio: una vez producida la transmisión que posibilita el ejercicio del retracto legal, el retrayente puede renunciar a ese derecho. Nada prohíbe expresamente la ley y como bien señala ALBALADEJO "sería inútil decir que es irrenunciable porque bastaría, si su titular no quiere usarlo, con dejar caducarlo por el transcurso de su breve plazo de ejercicio". Son muchas, añade, las sentencias que así lo recogen: 24 de Diciembre de 1.945, 2 de Abril de 1.946, 19 de Enero y 8 de Abril de 1.948, 20 de Enero, 23 de Mayo y 28 de Junio de 1.953 .

- Tras la transmisión que lo posibilita y antes de que se inicie el plazo de caducidad: Se trata de aquellos supuestos en los que para el inicio del plazo se requiere la notificación por

parte del propietario; si el retrayente conoce la transmisión con anterioridad a esta notificación, podrá ejercitar el retracto y, por tanto, también renunciar a su ejercicio.

- Antes del nacimiento: Entendiendo que el derecho real de adquisición de origen legal nace en el mismo momento en que su titular "ingresa en la situación jurídica en cuya virtud se le otorgaría el derecho de adquisición y que tal momento es anterior e independiente al de su ejercicio". Se plantea si cabe su renuncia antes de que nazca; realmente se trataría de establecer su no nacimiento, es decir de suprimir un derecho atribuido por ley a quien reúne o se encuentra en determinadas circunstancias.

GARCIA AMIGO (364) entiende que no cabe la renuncia anticipada; ALBALADEJO (365) lo matiza diferenciando si los preceptos reguladores de estos derechos son de carácter cogente o dispositivo. De carácter cogente, dice son los relativos al retracto arrendaticio rústico (artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), el otorgado por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario por infracción de lo dispuesto sobre la unidad mínima de cultivo, y el retracto arrendaticio urbano en el caso de viviendas no suntuarias (en el resto y a tenor del artículo 6, cabe renunciar a todos los beneficios que la ley otorga).

En los demás supuestos, los preceptos son de carácter dispositivo y por tanto renunciabiles los derechos, no obstante si persistiera la duda de su carácter dispositivo, no habría sino atender al hecho de que el fin buscado por la ley no se frustrase

poque los interesados acuerden negocialmente la supresión de los derechos.

- Desde el nacimiento del derecho hasta la transmisión que posibilita su ejercicio. Exceptuando el caso de los arrendamientos rústicos para los que el artículo 11.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos rechaza la posibilidad de renuncia del derecho real de adquisición, entiende ALBALADEJO que no existe ningún obstáculo para mantener la renunciabilidad de estos derechos; la numerosa jurisprudencia en contra no puede además ser aducida para sostener lo contrario, por cuanto parte del hecho erróneo de que el retracto "no nace por entrar su titular en la situación que se le confiere, sino por llevarse a cabo la transmisión de la finca que tiene tomada en arriendo".

No obstante, no se puede olvidar una característica importante de los derechos reales de adquisición de origen legal y que ya se ha mencionado al hablar de la caducidad del plazo de ejercicio de estos derechos. La ley concede a unas personas que se encuentran en una determinada situación o en unas determinadas circunstancias un derecho de adquisición; este derecho nacido por el hecho de entrar en esa situación o circunstancias permanece mientras éstas lo hagan, de ahí que no siempre que el titular renuncie a su derecho real de adquisición, éste se extinguirá. Como en el caso de caducidad, el derecho renunciado imposibilitará su ejercicio con referencia a una transmisión concreta, pero no desaparecerá para siempre.

De las cuatro fases señaladas por ALBALADEJO sólo las dos últimas suponen la pérdida definitiva del derecho real de adquisición; una, porque no llega a nacer (la tercera), otra porque nacido, es renunciado (la cuarta); en las otras dos fases, la renuncia implica simplemente la imposibilidad de ejercitarlos en esa ocasión, pero no su desaparición.

#### Sexta: Caducidad.

Es la causa de extinción más estudiada por la doctrina, si bien sólo produce la extinción del derecho real de adquisición cuando se trata de algún caso de derecho de origen convencional, concretamente de opción y retracto convencional, porque en los demás puede pactarse un régimen similar a los legales; en los de origen legal supone simplemente la imposibilidad de ejercitarlos en esa oportunidad, pero no definitivamente.

La caducidad como causa de extinción va exclusivamente referida a los derechos reales de adquisición de origen convencional, y como en el caso de los legales, no existe ninguna duda sobre el carácter de caducidad y no de prescripción del plazo señalado para su ejercicio. Así lo recogen las sentencias de 26 de Enero de 1.952, de 28 de Junio de 1.961, que con referencia al retracto convencional señala que el plazo establecido en este artículo 1.508 no es de prescripción sino de caducidad, que como tal puede y debe estimarse de oficio"; es también significativa la sentencia de 8 de Noviembre de 1.985: "se declara la extinción y caducidad del derecho de retracto

objeto de la litis por el transcurso del plazo legal sin haberlo ejercitado debidamente".

En el mismo sentido se pronuncia con respecto a la opción y el retracto convencional la doctrina. BADENES GASSET afirma que "los términos establecidos en el artículo 1.508 son perentorios, no son términos de prescripción sino de caducidad, por consiguiente el transcurso del término no está sujeto a interrupción, ni se suspende por causa alguna" (366). PUIG BRUTAU (367) señala como "transcurrido el plazo, el derecho de opción se habrá extinguido tanto .... como si ha caducado por omisión del optante"; para GARCIA CANTERO (368) "lo vió acertadamente De Buen hace más de medio siglo, al escribir que no era de prescripción sino de caducidad".

También la jurisprudencia mantiene este criterio, y así y en relación con la opción son de destacar las sentencias de 8 de Mayo y 12 de Julio de 1.979, 29 de Septiembre y 31 de Diciembre de 1.981, 10 de Diciembre de 1.982, 8 de Febrero, 13 de Junio y 17 de Noviembre de 1.983 y 7 de Julio de 1.986 que expresamente señala que "el optante al no pagar o consignar el precio convenido por la compraventa, ni en el plazo pactado, ni en la prórroga que el concedente le otorga, incumplió el contrato de opcion y dejó pasar el plazo de caducidad determinando la extinción del derecho de opción".

Establecido su carácter de caducidad, el plazo de ejercicio es idéntico en los dos casos señalados por la ley,

retracto convencional (artículo 1.508) y opción (artículo 14 Reglamento Hipotecario). En ambos casos existe un plazo de cuatro años si bien en el retracto convencional cabe acordar un plazo superior siempre y cuando sea menor de diez años.

Siendo el retracto convencional y el voluntario el objeto de esta tesis, en el estudio de los mismos se aludirá a la caducidad como forma de extinción, de ahí que se deje para ese momento un estudio más profundo del tema, estudio en el que lógicamente y por el planteamiento del que se parte (retracto convencional como tipo especial de opción) quedará asimismo incluido el estudio de la opción.

Solamente apuntar ahora el problema que se plantea con los demás derechos reales de adquisición de origen negocial y de los que nada regula la ley: su plazo de caducidad será el del retracto convencional (artículo 1.508) o deberá aplicarse el del otro derecho real de adquisición de origen negocial cual es el derecho de opción y por tanto sin la posibilidad de establecer negocialmente un plazo superior a esos cuatro años; y aun existe una tercera posibilidad, aplicar mutatis mutandis las normas de los legales análogos a aquellos. Apuntar simplemente que si bien de un lado parecería lógico aplicar los preceptos de los otros derechos voluntarios, el fundamento que lleva a limitar el plazo de ejercicio de éstos (la libertad de disponer de la cosa se encuentra limitado, cosa que el derecho no tolera indefinidamente (389)) no concurre en el tanteo y retracto negociales, por lo que su duración podría ser indefinida como la del legal análogo.

Séptima: Ejercicio del derecho real de adquisición preferente.

Hay que hacer referencia a una causa de extinción, particular de este tipo de derechos, como es la del ejercicio de otro derecho preferente debido a que la finalidad de estos derechos es adquirir el objeto gravado por ellos, la adquisición de este objeto para el ejercicio de un derecho preferente supone lógicamente la imposibilidad de ser ejercitado. No obstante, no se debe olvidar que tal ejercicio, consecuente colisión y prevalencia de uno sobre otro, no significa necesariamente la extinción del que no se ejerce, sino simplemente imposibilidad de ejercitarlo con ocasión de tal transmisión.

Señalar por último, que algunos autores , así GARCIA AMIGO (370) incluyen entre las causas de extinción el ejercicio del derecho, ejercicio que en función de si los que han de colaborar con el titular de los derechos reales, lo hagan voluntariamente o no, será extrajudicial o judicial.

## NOTAS A LA INTRODUCCION

(1) SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho Civil español", Tomo III Madrid 1.900, página 85 y siguientes.

VALVERDE Y VALVERDE "Derecho Civil español", Tomo II, Valladolid 1.962, página 382.

CASTAN "Derecho Civil español", Tomo II, volumen 1, Madrid 1.984, página 454.

(2) WOLFF "Tratado de Derecho Civil" de ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF", Traducción española por PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.971, páginas 19-20 y 326, y volumen 2, página 141 y siguientes.

(3) WOLFF op. cit. Tomo III, volumen 1, página 326.

(4) O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo III, Madrid 1.988, página 73.

(5) DIEZ PICAZO y GULLON "Sistema de Derecho Civil", volumen 3, Madrid 1.987, páginas 153 y 154.

(6) FERNANDEZ VILLAVICENCIO "La facultad de disposición", Anuario de Derecho Civil 1.950, página 1.034.

(7) SANCHEZ ROMAN op. cit. página 85 y siguientes.

(8) ALBALADEJO "Derecho Civil", Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.983, página 245.

LACRUZ "Elementos de Derecho Civil", Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.988, página 16.

O'CALLAGHAN op. cit. página 72.

(9) ALBALADEJO op. cit. página 245.

(10) CLEMENTE DE DIEGO "Derecho Civil español", volumen 1,



Madrid 1.959, página 380.

(11) THON "Rechtsnorm und subjektives Recht", página 327.

CHIOVENDA "Sulle natura giuridica dell espropiazione forzata", Revista diritti procesuale civile, Roma 1.931, página 460.

BARASSI "La propieta nel nuovo Codice Civile", Milán 1.943, páginas 3 a 6.

PLANIOL "Traité élémentaire de Droit civil", Tomo I Paris 1.920, número 2.322.

FERNANDEZ VILLAVICENCIO op. cit. página 1.041.

(12) DE WISSCHER "Le jus abutendi" en Revue Trimestrielle de Droit Civil 1.913, página 341.

(13) FERNANDEZ VILLAVICENCIO op. cit. página 1.041.

(14) PLANIOL op. cit. número 2.337.

(15) FERNANDEZ VILLAVICENCIO op. cit. página 1.031.

(16) THON op. cit. página 327.

(17) VILLAVICENCIO op. cit. página 1.054 y siguientes.

(18) CHIOVENDA op. cit. página 85 y siguientes.

(19) O'CALLAGHAN op. cit. página 72.

(20) SANTOS BRIZ "Derecho civil, teoría y práctica", Tomo II, Madrid 1.973, página 117.

(21) SANCHEZ ROMAN op. cit. página 86.

(22) IZQUIERDO ALCOLEA "El Derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos", Barcelona 1.955, página 39.

SANCHEZ ROMAN op. cit. Tomo IV, página 588: "a lo que esencialmente afectan es al principio de libertad de contratación en cuanto éste puede ser una de las formas de enajenación mediante la cual el dueño paga en ejercicio su poder de libre

disposición en las cosas".

REINO CAAMANO "El retracto legal y la libre contratación"  
Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.918, página  
277: "es un derecho limitativo de la libre contratación respecto  
de la persona del adquirente".

(23) PUIG BRUTAU "Fundamentos de derecho civil", Tomo III,  
volumen 1, Barcelona 1.971, página 8.

(24) WINDSCHEID "Il diritto delle Pandette", Tomo I, Turín  
1.930.

(25) DIEZ PICAZO y GULLON op. cit. página 41.

(26) SANCHEZ ROMAN op. cit. página 6.

(27) CLEMENTE DE DIEGO op. cit. página 302 e "Instituciones de  
Derecho Civil", Tomo I, Madrid 1.959, página 364.

(28) BECKER "System d.heut Pand" Weimar 1.886, página 82.

(29) RIGAUD "Le droit réel, histoire et theories", "El Derecho  
real" traducción española, Madrid 1.928, página 145 y  
siguientes.

(30) ROCA SASTRE "Derecho hipotecario", Tomo II, Barcelona  
1.968, página 618.

(31) ALBALADEJO op. cit. página 19.

(32) O'CALLAGHAN op. cit. página 11.

(33) DIEZ PICAZO y GULLON op. cit. página 38.

(34) IZQUIERDO ALCOLEA op. cit. páginas 32 y 34.

(35) CLEMENTE DE DIEGO "Instituciones..." op. cit. página 367.

(36) WOLFF op. cit. página 12.

(37) O'CALLAGHAN op. cit. página 13.

(38) ALBALADEJO op. cit. página 19.

(39) CASTAN op. cit. página 38.

(40) FERRARA "Trattato di Diritto civile italiano" volumen 1, Roma 1.921, página 448 y siguientes.

(41) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER En sus notas al Derecho de cosas (del Tratado de Derecho Civil de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF) de WOLFF, Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.971, página 331 y siguientes.

(42) DE BUEN "Derecho Civil Común", Tomo I página 141 y siguientes.

(43) ALBALADEJO op. cit. página 17.

(44) PUIG BRUTAU op. cit. página 14.

(45) TILOCCA "La distinzione tra diritti reali e diritti di credito" Archivo Giuridico Enero 1.950, página 3 y siguientes.

(46) WOLFF op. cit. página 326.

(47) ALBALADEJO op. cit. página 19.

(48) ALBALADEJO op. cit. página 19.

(49) VALVERDE op. cit. página 18 y siguientes.

(50) DIEZ FICAZO y GULLON op. cit. página 41.

(51) ALBALADEJO op. cit. página 21.

(52) ALBALADEJO op. cit. página 24 y Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.983, página 329.

GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición" Revista de Derecho Privado 1.976, página 99.

GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XIX, Madrid 1.980, página 487.

PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, Barcelona 1.974, página 393 y siguientes.

ESFIN "Manual de Derecho Civil" volumen 2, Madrid 1.985, páginas 15, 637 y siguientes.

SANTOS BRIZ op. cit. página 702 y siguientes.

MARTIN PEREZ "Apuntes de Cátedra", página 23.

BADENES GASSET "La preferencia adquisitiva en el Derecho español", Barcelona 1.958.

LOPEZ ALARCON "El derecho de preferencia" Murcia 1.960.

DEL MORAL Y LUNA "Los derechos reales de adquisición y el problema de su rango". Análisis de la Academia Matritense del Notariado 1.954, página 321 y siguientes.

(53) DIEZ PICAZO "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, Madrid 1.974, páginas 47 y 49.

(54) GARCIA AMIGO op. cit. página 103.

(55) O'CALLAGHAN op. cit. página 409.

(56) BADENES GASSET op. cit. página 33.

(57) ARECHEDERRA "Los derechos de tanteo y retracto convencional configurados con carácter personal" Revista de Derecho Privado 1.980, página 12.

(58) GARCIA CANTERO op. cit. página 491.

(59) DEL MORAL Y LUNA op. cit. página 322.

(60) GARCIA AMIGO op. cit. página 103.

(61) GARCIA AMIGO op. cit. página 124.

(62) GARCIA AMIGO op. cit. página 124.

(63) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 28.

(64) O'CALLAGHAN op. cit. página 27.

(65) HERNANDEZ GIL "Obras completas: Derechos de obligaciones", Tomo II, Madrid 1.987, páginas 46 y 47.

(66) CASTAN op. cit. página 74.

(67) LACRUZ op. cit. página 22 y siguientes.

(68) DIEZ PICAZO "Autonomía privada y derechos reales en el

Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre, volumen 2, Madrid 1.976  
página 321.

(69) En el mismo sentido, resoluciones de 11 de Abril de 1.930,  
23 de Noviembre de 1.934, 13 de Mayo de 1.936, 1 de Marzo de  
1.939, 22 de Febrero y 21 de Diciembre de 1.943, 4 de Mayo de  
1.944, 27 de Marzo y 27 de Octubre de 1.947, 7 de Marzo y 20 de  
Septiembre de 1.959, 31 de Mayo de 1.951, 20 de Septiembre de  
1.966 y 19 de Septiembre de 1.974.

(70) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 31.

(71) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 1, página 35.

(72) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER op. cit. Tomo III, volumen 2,  
Barcelona 1.971, página 155.

(73) ROCA SASTRE op. cit. página 636.

(74) O'CALLAGHAN op. cit. página 27.

(75) DIEZ PICAZO Y GULLON op. cit. página 55.

(76) WOLFF op. cit. Tomo III, volumen 1, páginas 19 y 20 y Tomo  
III, volumen 2, página 141 y siguientes.

(77) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, páginas 329 y  
330.

(78) O'CALLAGHAN op. cit. página 297.

(79) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 330.

(80) CASTAN op. cit. Tomo IV, Madrid 1.986, página 162 y  
siguientes.

(81) VALVERDE op. cit. página 382.

(82) SANCHEZ ROMAN op. cit. página 588 y siguientes.

(83) FALCON "Derecho Civil español", Tomo II, Salamanca 1.882,  
página 248.

(84) SANCHEZ ROMAN op. cit. página 588.

- (85) CLEMENTE DE DIEGO "Derecho Civil español" op. cit.  
página 432 e "Instituciones..." op. cit. página 515.
- (86) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.980,  
página 237.
- ESPIN op. cit. página 638.
- GARCIA CANTERO op. cit. página 449.
- GARCIA AMIGO op. cit. página 100.
- (87) WOLFF op. cit. Tomo III, volumen 1, página 19.
- (88) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, páginas 329 y  
330.
- (89) GARCIA AMIGO op. cit. página 101.
- (90) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 237
- (91) ESPIN op. cit. página 639.
- (92) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 1, página 393.
- (93) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 238.
- (94) CAMY SANCHEZ CANETE "Comentarios de legislación  
hipotecaria", volumen 4, Pamplona 1.983, página 196.
- (95) CAMY SANCHEZ CANETE op. cit. volumen 1, páginas 153-161.
- (96) BADENES GASSET op. cit. páginas 7, 28 y 33.
- (97) SANTOS BRIZ op. cit. página 702 y siguientes.
- (98) GARCIA AMIGO op. cit. página 123 y siguientes.
- (99) ESPIN op. cit. página 639.
- (100) GARCIA CANTERO op. cit. página 487.
- (101) GARCIA AMIGO op. cit. página 121.
- (102) DEL MORAL Y LUNA op. cit. páginas 322, 335, 344 y 361.
- (103) DIEZ PICAZO "Instituciones" op. cit. página 312.
- (104) ARECHEDERRA op. cit. página 123 y siguientes.
- (105) GARCIA AMIGO op. cit. página 103.

- (106) GARCIA AMIGO op. cit. página 102.
- (107) Vid. Supra. Apartado I.
- (108) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 330.
- (109) DEL MORAL Y LUNA op. cit. página 357.
- (110) ARECHEDERRA op. cit. página 123 y siguientes.
- (111) CAMY SANCHEZ CANETE op. cit. Tomo III, página 181.
- (112) CASTAN op. cit. Tomo IV, página 165.
- (113) SANTOS BRIZ op. cit. página 701.
- (114) RIAZA "Los retratos errores dominantes acerca de la materia", Madrid 1.919, página 89 y siguientes.
- (115) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.974, página 393.
- (116) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, Barcelona 1.968, página 89.
- (117) FERNANDEZ VILLAVICENCIO op. cit. página 1.034 y siguientes.
- (118) SANTOS BRIZ op. cit. página 706.
- (119) VALLET DE GOYTISOLO "Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral" Revista Critica de derecho Inmobiliario 1.961, páginas 165, 179 y 187.
- (120) PEREZ GONZALEZ y ALGUER op. cit. Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.971, página 155.
- (121) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 369.
- (122) RIAZA op. cit. página 89.
- (123) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.980, página 240.
- (124) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.983, página 369.

- (125) GARCIA AMIGO op. cit. página 105.
- (126) GARCIA CANTERO op. cit. página 491.
- (127) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 370.
- (128) GARCIA CANTERO op. cit. páginas 489 y 502.
- (129) SERRANO Y SERRANO "Retracto enfiteútico", Enciclopedia jurídica española, Tomo XXVII, página 529.
- (130) GARCIA AMIGO op. cit. página 118.
- (131) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 241.
- (132) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 367.
- O'CALLAGHAN op. cit. página 307.
- (133) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 361 y siguientes.
- (134) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 336.
- (135) GARCIA CANTERO op. cit. página 503. Idéntica postura mantiene GARCIA AMIGO op. cit. página 121.
- (136) CANO "Colisión entre derechos de adquisición preferente", Barcelona 1.978, página 19.
- (137) DIEZ PICAZO "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", volumen 2, Madrid 1.986, página 72.
- (138) MEZQUITA DEL CACHO "El pacto de opción y el derecho que origina", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1.951.
- (139) SALDAÑA "La opción y el derecho de propiedad", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1.928.
- (140) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2 página 376.
- GARCIA AMIGO op. cit. página 105.
- GARCIA CANTERO op. cit. página 491.
- ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 487.
- (141) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 503.



- (142) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 376.
- (143) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 376.
- (144) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 259.
- (145) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 491.
- (146) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 377.
- (147) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 491.
- (148) LA RICA "Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario", Tomo I, 1948, página 28.
- (149) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 501.
- (150) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 503.
- (151) GARCIA AMIGO op. cit. página 122.
- (152) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, páginas 239 y 260.
- (153) GARCIA CANTERO op. cit. página 512.
- (154) DEL MORAL Y LUNA op. cit. página 360.
- (155) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 342.
- (156) CANY SANCHEZ CANETE op. cit. Tomo I, página 161.
- (157) LACRUZ op. cit. tomo III, volumen 2, página 246.
- (158) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 333.
- (159) GARCIA AMIGO op. cit. página 106.
- (160) CANO op. cit. página 49.
- (161) RIAZA op. cit. página 208.
- (162) COMAS "La revisión del Código Civil español", Tomo V, Madrid 1.900, página 613.
- (163) AGUILAR Y GARCIA "El contrato y el derecho real de foro", Madrid 1.911, página 200
- (164) RIAZA op. cit. página 203.
- (165) RIAZA op. cit. página 208.
- (166) PASCUAL QUINTANA "El vicio esencial en el ejercicio del

derecho de retracto en los arrendamientos", Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.956, página 21 y siguientes.

(167) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER op. cit. Tomo III, volumen 2, página 152.

(168) SANTOS BRIZ op. cit. página 701.

(169) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, páginas 647 y 658.

(170) ESPIN "Manual de Derecho Civil español", volumen 2, Madrid 1.985, página 640.

(171) GARCIA CANTERO op. cit. página 489.

(172) DEL MORAL Y LUNA op. cit. página 330.

(173) GARCIA AMIGO op. cit. página 105.

(174) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 333.

BADENES GASSET op. cit. página 47.

PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 404.

(175) SERRANO Y SERRANO op. cit. página 539.

(176) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 333.

(177) GARCIA AMIGO op. cit. páginas 116 y 117.

(178) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 241.

(179) GARCIA AMIGO op. cit. página 115.

(180) GARCIA AMIGO op. cit. página 120.

(181) GARCIA CANTERO op. cit. página 503.

(182) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 331.

(183) O'CALLAGHAN op. cit. Tomo II, volumen 2, Madrid 1.989, página 67 y Tomo III, página 300.

(184) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 660.

(185) ESPIN op. cit. página 648.

ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 638.

LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 246.

- (186) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, páginas 662 y 663.
- (187) ESPIN op. cit. páginas 648 y 649.
- (188) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 247.
- (189) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, páginas 255 a 257.
- (190) O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III, volumen 1, página 94 y siguientes.
- (191) COMAS op. cit. página 611.
- (192) VISO "Lecciones elementales de Derecho Civil" Tomo III, Valencia 1.889, páginas 258 y 259.
- (193) SANCHEZ ROMAN op. cit. páginas 584 a 586.
- (194) RIAZA op. cit. páginas 256 a 328.
- (195) POTHIER "Tratado de los contratos" Tomo II Buenos Aires 1.944 (según traducción de M. Dupin del "Traité des retraits y del Traité du Contrat à Bail à rente" 1.824) página 9.
- (196) ESPIN op. cit. página 650.
- BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código civil español" Barcelona 1.952, página 264.
- MANRESA "Comentarios al Código Civil español " revisado por J. Ma Bloch, Tomo X, volumen 1, Madrid 1.969, página 495.
- SCAEVOLA-BONET "Código civil comentado y concordado extensamente" Tomo XXIII, volumen 2, Madrid 1.970, páginas 448 y 455.
- (197) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 402.
- (198) FALCON "Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral", Salamanca 1.878, página 248.
- (199) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 342.
- (200) GARCIA CANTERO op. cit. página 584 y siguientes.

- (201) GARCIA CANTERO op. cit. página 446.
- (202) O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III, página 300.
- (203) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 245.
- (204) ALVAREZ MARTINEZ "La singularidad de efectos específicos en el retracto legal; su razón de ser" Revista General de Derecho 1.955, página 469.
- (205) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 659.
- (206) GARCIA AMIGO op. cit. páginas 108 a 117.
- (207) LACRUZ op. cit. Tomo III, volumen 2, página 241.  
GARCIA AMIGO op. cit. página 115.
- (208) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, páginas 367 y 368.  
O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III página 307.
- (209) SANTOS BRIZ op. cit. página 763.
- (210) GARCIA AMIGO op. cit. página 105.
- (211) CASTAN op. cit. Tomo IV, página 163.
- (212) ARANGIO RUIZ "La compravendita in Diritto romano" Napoles 1.954, página 403 y siguientes.
- (213) RIAZA op. cit. página 24.
- (214) VIARD "Les pactes adjoints aux contrats" Roma 1.972, página 8
- (215) RIAZA op. cit. página 25.
- (216) RIAZA op. cit. página 23: "El Derecho romano más que el retracto pactado no el que se apellida legal".
- (217) GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", libro II, Tomo II, Madrid 1.886, página 402.
- (218) WOLFF op. cit. Tomo III, volumen 2, página 142.

- (219) GARCIA CANTERO op. cit. página 452: lo sitúa en el tiempo de la caída del imperio longobardo.
- (220) WALCH "Das Näherrecht systematisch entworten" Jena 1.795, página 87.
- (221) SEUFFERT "Das Baurecht die Reallasten und das Näherrecht Wurzburg" 1.819, página 119.
- (222) WOLFF op. cit. Tomo III, volumen 2, página 142.
- (223) PLANITZ "Principios de Derecho privado germánico" traducción de Carlos Melon Infante, Barcelona 1.957, página 150 y siguientes.
- (224) GARCIA CANTERO op. cit. página 458 lo define como "un resto debilitado del Warterecht que supone vinculaciones jurídico familiares de la propiedad inmueble".
- (225) BEYER "Disputatio inauguralis juridica de iure retractu" Basilea 1.687.
- (226) WALCH op. cit. página 90.
- (227) PLANITZ op. cit. página 155.
- (228) RIPERT-BOULANGER "Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol" Tomo II, Paris 1.958.
- (229) BOYER "Les promesses synallagmatiques de vente" Révue trimestriel de Droit civil, numero 47, 1.949, página 23 y siguientes.
- (230) MERLIN "Retrait" Repertoire universel et raisonné de Jurisprudence Paris 1.828.
- (231) FALLETTI "Le retrait lingagier en Droit coutumier français" Paris 1.923, página 99.
- (232) BREYE "Traité du retrait féodal et du retrait lignagier" Nancy 1.737, página 21 y siguientes.

- (233) GARCIA CANTERO "Los derechos de adquisición en Francia"  
Revista de Derecho Notarial 1.965, volumen 2, página 63.
- (234) MAZEAUD "Leçons de Droit Civil" Tomo III, volumen 2, Paris  
1.968, páginas 43 y 162.
- (235) LALOU "Les pactes de preference en Droit Hypotecaire"  
1.929, página 41.
- (236) GARCIA CANTERO "Los derechos de adquisición..." op. cit.  
página 71: equivale al derecho de tanteo español.
- (237) MAZEAUD op. cit. página 160.
- (238) DELMAS SAINT HILAIRE "Le retrait succesorial. Remarque sur  
son actualité" Revue juridique et économique du Sud-Ouest 9,  
1.958, página 55.
- (239) RIPERT-BOULANGER op. cit. página 885.
- (240) RIPERT-BOULANGER op. cit. página 889.
- (241) DELMAS SAINT HILAIRE op. cit. página 35.
- (242) DELCOURT "Théorie générale du retrait" Caen 1.898, página  
211.
- (243) GAILLOT "Le retrait d'indivision et le perfectionnement de  
sa technique" Du système de l'acquisition facée à celui de  
l'option. Paris 1.942, página 30.
- (244) RIPERT-BOULANGER op. cit. página 128.
- (245) BALBAA "La preemption en droit comparé" Dijon 1.938, página  
120 y siguientes.
- (246) GUYOT "La renaissance des retraits" Révue critique de  
legislation et jurisprudence" 4, 1.924, página 101.
- (247) POTHIER op. cit. página 9.
- (248) GARCIA CANTERO "Los derechos de adquisición..." op. cit.  
página 111.

- (249) TALLON "Retraits et préemptions" Revue trimestriel de Droit civil, 1.951, página 200 y siguientes.
- (250) TALLON op. cit. página 218.
- (251) PULEO "I dirritti potestativi" Milan 1.959.
- (252) RUGGIERO "Instituciones de Derecho civil" Tomo II, volumen 1, Madrid 1.931, página 327.
- (253) SANTOS BRIZ op. cit. página 702.
- (254) BARBERO "Sistemas de Derecho privado" traducción de "Sistema del dirritto privato italiano", Tomo IV, volumen 3, Buenos Aires 1.967, página 57.
- RUGGIERO op. cit. página 327.
- (255) SANTOS BRIZ op. cit. página 702.
- (256) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 452.
- (257) SANTOS BRIZ op. cit. página 703.
- (258) GARCIA AMIGO op. cit. página 101.
- (259) HEDEMANN "Tratado de Derecho Civil", traducción de Diez Pastor y González Enriquez, Tomo II, Madrid 1.955, página 376.
- (260) HEDEMANN op. cit. página 376.
- (261) BADENES GASSET op. cit. página 12.
- (262) RIAZA op. cit. página 37.
- (263) RIAZA op. cit. página 37.
- (264) "Las siete Partidas" glosadas por el licenciado Gregorio López, Madrid 1.974, página 30.
- (265) RIAZA op. cit. página 42.
- (266) "Las siete Partidas" op. cit. página 24.
- (267) RIAZA op. cit. página 41.
- (268) SANCHEZ DE MOLINA "El Derecho civil español en forma de Código" Madrid 1.971, página 425 y siguientes.

- (269) GUTIERREZ FERNANDEZ "Código Civil" página 414.
- (270) BADENES GASSET op. cit. página 2.
- (271) GUTIERREZ FERNANDEZ op. cit. página 449.
- (272) GUTIERREZ FERNANDEZ op. cit. página 449.
- (273) GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español" reimpresión de la edición de Madrid 1.842, Zaragoza 1.974, página 760 y siguientes.
- (274) GARCIA CANTERO op. cit. página 627.
- (275) GARCIA AMIGO op. cit. página 126.
- (276) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 336.
- (277) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 337.
- (278) RIAZA op. cit. página 191: el retracto nace antes de haberse efectuado la transmisión onerosa que lo actualiza.
- (279) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 340.
- BADENES GASSET "El contrato de compraventa" Tomo II, Barcelona 1.979, página 986.
- (280) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 342.
- (281) BADENES GASSET "La preferencia..." op. cit. páginas 7 y 59.
- (282) CLEMENTE DE DIEGO op. cit. página 342.
- ARECHEDERRA op. cit. página 129.
- PASCUAL QUINTANA op. cit. página 4.
- (283) O'CALLAGHAN "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales" Tomo XX, volumen 3, Madrid 1.982, páginas 165 y 166.
- (284) PEREZ GONZALEZ y ALGUER op. cit. tomo III, volumen 2, página 156.
- (285) GARCIA AMIGO op. cit. página 106.
- (286) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 335.



- (287) GARCIA AMIGO op. cit. página 127.
- (288) O'CALLAGHAN "Compendio..." op. cit. Tomo II, volumen 2, página 69, habla de transmisión onerosa para los supuestos de retracto voluntario.
- (289) CAMY SANCHEZ CANETE op. cit. volumen 4, páginas 197 y 198.
- (290) ARECHEDERRA op. cit. páginas 134 y 135.
- (291) GARCIA AMIGO op. cit. página 127.
- (292) RIAZA op. cit. página 192 y siguientes.
- (293) LINARES NOCI "La prelación enfiteútica" Revista de Derecho Privado 1.986.
- (294) MANRESA op. cit. página 496.
- (295) GOMEZ CALERO "Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español", Revista de Derecho Privado 1.963, página 780 y siguientes.
- (296) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 495.
- (297) FUENTES LOJO "Suma de Arrendamientos Urbanos" Tomo I, Barcelona 1.986, página 514.
- (298) FUENTES LOJO op. cit. página 541 y siguientes.
- (299) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 495.
- (300) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 338.
- (301) BADENES GASSET "El contrato..." op. cit. página 990 y siguientes.
- (302) CASALS COLLDECARRERA "De si la aportación de una finca rústica a una sociedad da lugar al derecho de retracto", Revista jurídica de Cataluña, 1.946, página 69 y siguientes.
- (303) GOMEZ CORRALIZA "Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad" Revista La Ley, número 2.078 (14 de Octubre de 1.988), página 3: la caducidad convencional (la que se establece por

voluntad de los particulares) es admitida por un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia.

(304) GARCIA AMIGO op. cit. página 127.

(305) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 343.

GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 628.

O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III, página 303, (retracto de comuneros y coherederos), 305 (retracto de colindantes), 306 (arrendaticio) y Tomo II, volumen 2, página 69 (retracto voluntario).

(306) BORRELL Y SOLER op. cit. página 274.

(307) GARCIA GOYENA op. cit. página 768.

(308) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 345.

GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 629.

ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 345

(310) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 413.

(311) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, páginas 346 y 347.

(312) BADENES GASSET "El contrato..." op. cit. página 1.037 y "La preferencia..." op. cit. páginas 71 y 72.

(313) O'CALLAGHAN "Comentarios..." op. cit. página 171.

(314) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 348.

(315) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 356.

(316) O'CALLAGHAN "Comentarios..." op. cit. página 168.

(317) O'CALLAGHAN "Comentarios..." op. cit. página 171.

(318) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 462.

(319) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 346.

(320) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 348.

PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 414.

GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 498.

(321) ALBALADEJO op. cit. Tomo I, volumen 2, Barcelona 1.980, página 478.

(322) O'CALLAGHAN "Comentarios..." op. cit. página 169.

(323) GARCIA AMIGO op. cit. página 124.

(324) GARCIA AMIGO op. cit. página 125.

GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 500

(325) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 495.

(326) CANO op. cit. página 162.

(327) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 499.

(328) CANO op. cit. página 49.

PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 499.

(329) CANO op. cit. página 165.

(330) ESPIN op. cit. página 685.

(331) CANO op. cit. página 79.

(332) BADENES GASSET "El contrato..." op. cit. página 1.029.

(333) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 499.

(334) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 382.

(335) CANO op. cit. página 117.

(336) BADENES GASSET "El contrato..." op. cit. página 1.046.

(337) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 499.

(338) CANO op. cit. página 117.

(339) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 378.

(340) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 499.

(341) GARCIA AMIGO op. cit. página 125.

(342) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 379.

(343) GARCIA AMIGO op. cit. página 125.

GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 500.

- (344) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 379.
- (345) SANTOS BRIZ op. cit. página 774.
- (346) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 497.
- (347) GARCIA CANTERO "Comentarios..." página 636.
- (348) CANO op. cit. página 167.
- (349) GARCIA AMIGO op. cit. página 125.
- (350) GARCIA AMIGO op. cit. página 128.
- (351) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 382.
- (352) GARCIA AMIGO op. cit. página 129.
- (353) ESPIN op. cit. Tomo III, Madrid 1.983, página 169: "La confusión opera la extinción de los derechos de crédito del mismo modo y con igual fundamento que en los derechos reales sobre cosa ajena se produce su extinción por la consolidación".
- (354) DIEZ PICAZO "Fundamentos..." op. cit. página 745, "la consolidación es una figura paralela y equivalente a la confusión de las obligaciones".
- (355) ALBALADEJO op. cit. Tomo II, volumen 1, Barcelona 1.980, página 308, nota 2.
- (356) GONZALEZ PORRAS "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales" Tomo XVI, volumen 1, Madrid 1.980, página 376.
- (357) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 226.
- (358) CARIOTA FERRARA "El negocio jurídico" Madrid 1.956, páginas 325 a 329.
- (359) ROCA SASTRE op. cit. Tomo II, página 122.
- (360) ROCA SASTRE op. cit. Tomo II, página 116 y siguientes.
- (361) O'CALLAGHAN "La renuncia a la legítima" Libro homenaje a Roca Satre, Tomo III, 1.976, página 310 y siguientes.

- (362) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 383.  
GARCIA AMIGO op. cit. página 129.
- (363) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 383.
- (364) GARCIA AMIGO op. cit. página 129.
- (365) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 384.
- (366) BADENES GASSET "El contrato..." op. cit. página 928.
- (367) PUIG BRUTAU op. cit. Tomo III, volumen 3, página 513.
- (368) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 524.
- (369) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 370.
- (370) GARCIA AMIGO op. cit. página 129.

## CAPITULO PRIMERO

### CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y DEL RETRACTO VOLUNTARIO

#### PRIMERA PARTE. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO CONVENCIONAL.

##### I.- INTRODUCCION

##### II.- REFERENCIA A LA CATEGORIA DE DERECHOS REALES DE ADQUISICION

##### III.- POSTURAS ANTE EL CONCEPTO DE RETRACTO CONVENCIONAL

##### 1. CONDICION RESOLUTORIA

2. NO ES DERECHO REAL DE ADQUISICION, PERO SI DE OTRA  
ESPECIE

3. DERECHO REAL DE ADQUISICION

#### IV.- CARACTERIZACION COMO DERECHO DE OPCION

1. DERECHO REAL DE OPCION

2. CARACTERIZACION DEL DERECHO DE RETRACTO COMO DERECHO  
DE OPCION

SEGUNDA PARTE. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO  
VOLUNTARIO.

I.- EXISTENCIA DEL RETRACTO VOLUNTARIO. ERROR TERMINOLOGICO

II.- CONCEPTO

TERCERA PARTE. DIFERENCIAS ENTRE UNO Y OTRO Y CARACTERES DE AMBOS.

I.- EN GENERAL

II.- DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL RETRACTO CONVENCIONAL Y EL VOLUNTARIO.

III.- CARACTERES COMO DERECHOS REALES.

1. COMO DERECHOS REALES

2. COMO DERECHOS REALES DE ADQUISICION

IV.- CONFIGURACION PERSONAL DE ESTOS DERECHOS



## PRIMERA PARTE.-CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO CONVENCIONAL

---

### I.- INTRODUCCION

En términos prácticamente idénticos a los del artículo 1.436 del Código Civil de 1.851, el artículo 1.507 del Código Civil ofrece una disposición legal sobre el retracto convencional con referencia suficiente a sus elementos personales y reales, así como a los presupuestos de su ejercicio (1): "tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y demás que se hubiere pactado". Se trata pues de un derecho que faculta a su titular a adquirir de nuevo el objeto de su transmisión, a retraer a su patrimonio el objeto de su venta. Cuando el vendedor enajena algo, con retracto convencional, busca una doble finalidad, la de vender la cosa y obtener una contraprestación que en ese momento necesita, o simplemente desea, y la de recuperar en su día aquello de lo que ahora se desprende.

En la exacta configuración de este derecho hay que destacar la importante labor desarrollada por RIAZA (2), de tal

trascendencia que no hay autor estudioso del derecho de retracto, que no lo mencione. RIAZA fue el primero en destacar el verdadero significado del retracto convencional, y la enorme distancia que lo separa del retracto legal, aun a pesar de tener una misma denominación, proponiendo que a éste se le conociera como derecho de sustitución, precisamente para evitar esa confusión (3).

El retracto convencional puede ser ejercitado contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención de su existencia salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto a terceros (artículo 1.510). Con este artículo, el Código Civil configura el retracto convencional con una naturaleza sumamente debatida hasta entonces; "trae el carácter real hipotecario del derecho de retraer al orden civil puro y traduce la acción mixta en acción real, resultando que en la actualidad y en razón al pacto de retroventa, la facultad que de este pacto surge para quien ha de utilizarlo, o sea, el derecho de retraer, tiene, como dice Lopez de Haro, todos los caracteres y produce todos los efectos de un derecho real" (4); hasta la existencia de este artículo 1.510, el vendedor podía hacer efectivo su derecho frente a terceros en base al régimen hipotecario, bastando con que en la inscripción de la venta constase el mencionado pacto de retro.

Cabe pues considerar el retracto convencional como un derecho de naturaleza real que faculta a su titular a la adquisición de una cosa con preferencia a cualquier otra persona, y con

independencia de quien sea el poseedor de dicha cosa en el momento de su ejercicio. Por su naturaleza de derecho real, el retracto permite a su titular dirigirse contra la persona que tenga en su poder la cosa que enajenó, independientemente de quien sea, y recuperarla para su patrimonio. El retrayente puede frente a todos y con preferencia a todos, adquirir la cosa de la que se desprendió. Es por tanto, uno de los derechos que configuran la categoría de derechos reales de adquisición, la definidos como "aquellos que facultan a su titular para, concurriendo ciertas circunstancias, convertirse en propietario de la cosa sobre la que recaen".

El retracto convencional es el derecho, de entre los caracterizados como derechos reales de adquisición, cuya existencia y naturaleza ha sido menos debatida. Específica y detalladamente regulado por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, no había lugar a dudas sobre la posibilidad de su creación, su naturaleza de derecho real y los efectos que ello conlleva y su modo de ejercicio. Las dudas y contradicciones aparecen en el momento de caracterizarlo como un derecho real de adquisición, bien por entender inexistente esta categoría entre los derechos reales (5), lo que obviamente imposibilita el calificar al retracto convencional de derecho real de adquisición; bien por no ver en el retracto convencional los caracteres de tales derechos, al suponer que este derecho no confiere una preferencia adquisitiva a su titular, o simplemente que su naturaleza es de condición resolutoria incluida en un contrato de compraventa.

## II.- REFERENCIA A LA CATEGORIA DE DERECHOS REALES DE ADQUISICION

Los derechos reales de adquisición constituyen una nueva categoría a considerar entre los derechos reales limitativos de la propiedad, junto con los de goce y los de garantía (6). Los derechos de tal categoría recogen en sí mismos los caracteres de todo derecho real, al tratarse de poderes a ejercer "erga omnes", de forma inmediata sobre la cosa. El derecho real de adquisición recae directamente sobre la cosa concreta y determinada objeto del mismo, al permitir operar inmediatamente sobre la misma para promover su adquisición, sin que sea obstáculo el que esté en manos de persona distinta, dado que ese poder directo que se predica del derecho real, no significa una tenencia de la cosa; de otro lado, el titular del derecho goza de la posibilidad de excluir a cualquier otra persona del ámbito de su derecho defendiéndolo contra cualquiera que lo perturbe e impidiendo la adquisición de la cosa por terceros, si ejercita su derecho de preferencia conforme a lo estipulado o a lo legalmente establecido.

Al configurarse como derechos reales en cosa ajena, tales derechos suponen una limitación del derecho de propiedad porque impiden al titular de la misma su libre disposición; los derechos de adquisición no anulan esta facultad inherente del derecho de propiedad, pero sí la condicionan al obligar al propietario la transmisión en favor de los titulares de los mismos y no de quien

él pueda desear, pudiéndole exigir, incluso, que lo haga en un determinado tiempo con independencia, de cual sea su voluntad.

Dentro de estos derechos reales de adquisición, se incluyen cuatro derechos distintos en sus dobles variantes (legal y convencional): el retracto, el tanteo, la opción y el derecho de retroventa; si bien cabe reducirlos, y así se pretende en este trabajo a dos únicos derechos reales de adquisición, el derecho de opción y el de tanteo-retracto.

### III.- POSTURAS ANTE EL CONCEPTO DE RETRACTO CONVENCIONAL

En cuanto al concepto de retracto convencional, y tras analizar las distintas definiciones dadas de este derecho, pueden observarse tres posturas distintas ante el mismo:

1) Los que la consideran como derecho que actúa como condición resolutoria de la compraventa, mezclando de ese modo el verdadero concepto de la naturaleza de la transmisión simultánea a su creación.

2) Los que no la consideran derecho real de adquisición, pero sí de otra especie.

3) Los que entienden que es un derecho real de adquisición

preferente, bien independiente, bien como tipo de opción.

#### 1.- CONDICION RESOLUTORIA

Son numerosos los autores de este primer grupo que, más atentos a la primera fase del retracto convencional que a la segunda, sólo ven en él, apoyados por otra parte en el articulado del Código Civil (artículo 1.506) una resolución de la compraventa, un volver a la situación inicial, al patrimonio del vendedor del que nunca salió definitivamente la cosa.

Entre ellos se encuentran lógicamente los que no creen en la existencia de una categoría distinta a los derechos reales de goce o de garantía dentro de los derechos en cosa ajena, bien porque no se lo planteaban todavía, bien porque habiéndoselo planteado, ellos y el resto de la doctrina lo niegan.

Entre los que no consideran siquiera la existencia de esos derechos reales de adquisición, se encuentra GARCIA GOYENA (7), quien entiende que el derecho de retracto convencional es el derecho de recuperar la cosa vendida que se reserva el vendedor, lo que supone que la propiedad queda sujeta a condición resolutoria.

RIAZA (8) en su intento de conceptuar el retracto convencional, y en base a lo establecido en el Código Civil afirma: " Es principio general que los retractos son modos

especiales de resolverse el contrato de compraventa, y no sólo de resolverlo, sino de anularlo". Para esa configuración encuentra fundamento en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de Julio de 1.910 y en la doctrina; aquella al afirmar que " el pacto de retro en las ventas, equivale a una condición resolutoria, cuyo cumplimiento repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiese verificado..."; entre la doctrina, cabe destacar a NAVARRO AMANDI (9) que definía el retracto convencional como " el acto de anular una venta, tomando el que retrae por el mismo precio la cosa vendida", o " pacto por el que el vendedor se reserva el derecho de deshacer la venta y recuperar la cosa vendida, abonando al comprador el precio"; y a SCAEVOLA (10), que lo definía como " pacto de resolución por cuya virtud el dominio transmitido con condición resolutoria, revierte al transmitente..." o por el que " la venta perece, vuelven las cosas a su primitivo estado...".

En parecidos términos se expresa CASTAN (11), quien caracterizando el retracto convencional como un derecho real de acuerdo con el artículo 1510 del Código Civil, lo define como " es un derecho que se reserva el vendedor de recuperar la cosa vendida y que funciona en la compraventa como una especie de resolución de la misma".

También HERNANDEZ GIL (12) ve en el retracto convencional una especie de condición resolutoria, al no haber tanto " una readquisición como una reintegración de la cosa al patrimonio de donde no salió de manera definitiva e irrevocable".

Influidos por este aparente carácter resolutorio de la compraventa con pacto de retro, que no es momento ahora de plantearse, son numerosos los autores que al ofrecer un concepto de retracto convencional destacan sólomente el negocio que a su juicio, lo constituye y los efectos que en un contrato de compraventa produce (13).

En la línea de los que no observan la existencia de los derechos reales de adquisición, y por tanto, la inclusión en los mismos del retracto convencional, destaca lógicamente DIEZ PICAZO, quien en la fuerte postura de negar una categoría de derechos reales dirigida precisamente a la adquisición del objeto de los mismos, y de entender a estos derechos como simples facultades de adquisición a incluir entre los derechos potestativos (14), los define como una condición insita en una compraventa, como simple facultad de adquisición que no confiere a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa (15).

## 2.- NO ES DERECHO REAL DE ADQUISICION, PERO SI DE OTRA ESPECIE

Podría considerarse la existencia de un segundo grupo con aquellos autores que, configurando al tanteo y al retracto como derechos reales de adquisición preferente, no incluyen entre los mismos al retracto convencional.

En esta línea aparece ARECHEDERRA (16), que excluye al retracto convencional " por no gravar directamente la cosa, al



suponer sólo el establecimiento de una preferencia".

BADENES GASSET (17) por su parte, afirma que entendiéndose por retracto " volver a traer, traer de nuevo, reintegrar una cosa al estado en que se ha encontrado..., retrayendo, se recupera un objeto que salió del patrimonio debiendo considerar por tanto el retracto convencional no como un derecho de adquisición preferente, sino simplemente como un derecho real de adquisición".

Del mismo modo PUIG BRUTAU aun aceptando la existencia de los derechos reales de adquisición excluye de los mismos al retracto convencional, por entender que " sólo permite deshacer una enajenación anterior a favor del mismo enajenante, un derecho de readquisición" (18).

Una postura original en esta línea, es la mantenida por CAMY SANCHEZ CANETE (19), quien distinguiendo perfectamente la naturaleza de los derechos reales de adquisición, caracteriza al retracto convencional como un derecho real de garantía: "La garantía produce su eficacia total desde su nacimiento por la adjudicación de la cosa encubierta bajo la compraventa. Una vez satisfecho el crédito, se ejercita la llamada acción de retroventa que es un hecho resolutorio de la ejecución provisional de la aparente compraventa; el acreedor adquiere un derecho tan amplio que apenas se distingue de uno de propiedad sobre la cosa del deudor, que sólo conserva un derecho de propiedad tan reducido como es el de poder ejercitar su acción de

retro".

También desde el punto de vista hipotecario, ROCA SASTRE (20) entiende el retracto convencional como el derecho de recuperar la finca, con una naturaleza de derecho potestativo de readquisición, de vida tasada y eficiencia resolutoria; no es un derecho real, atribuye solamente el derecho potestativo, transmisible con transcendencia real; el dominio del que adquiere la cosa sujeta a retro, es un dominio resoluble sujeto a condición resolutoria pendiente derivada de la reserva del derecho de retracto, produciéndose una situación equiparable a la prevista en el número 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria (21).

### 3.- DERECHO REAL DE ADQUISICION

Una tercera concepción del retracto convencional es la que lo entiende como derecho real de adquisición, como derecho que otorga a su titular un poder dirigido a adquirir el objeto del mismo, pudiendo ser opuesto a cualquiera que intente impedirlo.

Dentro de esta configuración del retracto convencional, hay quienes lo definen como un derecho real de adquisición independiente y distinto de todos los demás.

Así ALBALADEJO, recoge en su obra los cuatro derechos reales

de adquisición distinguiendo entre los mismos el retracto convencional como el derecho que se reserva el vendedor de recuperar la cosa vendida, a obtener la retransmisión (22). En el mismo sentido O'CALLAGHAN señala que el retracto convencional es el poder para readquirir el vendedor la cosa vendida en la compraventa con pacto de retro (23).

Otros, sin embargo, configuran el retracto convencional como un tipo, de una clase de derecho de opción voluntaria (24). GARCIA AMIGO, al analizar los derechos reales de adquisición voluntarios, incluye como una manifestación del derecho de opción en la legislación positiva al retracto convencional (25), entendiendo que con tal derecho se garantiza al titular la facultad de adquirirla sin que para ello juegue la voluntad de enajenar del propietario actual (26), y defendiendo el derecho de retracto convencional como " el derecho real de opción de origen negocial, por el que se garantiza a su titular la facultad de adquirirla".

En esta misma línea se encuentra GARCIA CANTERO al hablar de retracto convencional como "del derecho de adquisición preferente del tipo de la opción que deviene una opción típica de origen convencional"(27).

Coincidiendo con esta última postura de GARCIA AMIGO y GARCIA CANTERO, se mantiene en este trabajo la configuración de derecho de opción del retracto convencional, y su individualización/separación frente al derecho de tanteo

entendido como tanteo/retracto legal.

El retracto convencional encaja perfectamente en el concepto de derecho de opción, con una especificación, la de suponer aquél una vuelta del objeto del mismo al patrimonio del que partió, por mediar una compraventa anterior, inexistente en la opción.

Como tal derecho de opción, el retracto convencional permite a su titular la adquisición de la cosa con preferencia a los demás, una preferencia, por otra parte, que depende únicamente de su voluntad, de su deseo de convertirse en propietario del objeto de su derecho. Sólomente la existencia de esa compraventa anterior, que convierte la adquisición de la cosa en un retraer de la misma al patrimonio del retrayente, permite encuadrar al retracto convencional como un derecho de opción específico.

#### IV.- CARACTERIZACION COMO DERECHO DE OPCION

##### 1. DERECHO REAL DE OPCION

El intento de caracterizar el retracto convencional como un derecho real de opción específico impone una referencia, si bien somera, para evitar repeticiones innecesarias, al carácter de derecho real de la opción (28).

Ya se apuntó la doble problemática existente en torno al derecho real de opción, de un lado su propia existencia, y de otro su acceso al Registro.

A) En cuanto al primer punto, y en evidente relación con el segundo, el derecho de opción ha sido tradicionalmente aceptado como un derecho personal.

DIEZ PICAZO se encuentra entre los defensores de esta postura, afirmando concretamente en relación con la opción " en virtud del contrato de opción una de las partes, concedente de la opción atribuye a otra, beneficiaria de la opción, un derecho que permite a ésta última decidir dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato" (29).

También PUIG BRUTAU y pese a reconocer esa tercera clase de derechos reales, excluye expresamente de la misma el derecho de opción en base a un débil fundamento: considerar que se trata de un derecho cuya realización se deja a la iniciativa del posible adquirente ( el optante), a diferencia de lo que sucede con los derechos de adquisición preferente, en los que el posible adquirente ha de esperar que el propietario decida enajenar, terminando por definirla como " la facultad de exigir del sujeto pasivo el comportamiento necesario para que el contrato prefigurado sea puesto en vigor" (30). En esta línea de sentencia de 9 de Octubre de 1987 (A.C. 1.010/87) mantiene que el derecho de opción tiene naturaleza personal y no real.

Frente a ellos son muchos los autores que, sin embargo, mantienen su carácter de derecho real, considerando que faculta a su titular a exigir la transmisión de la cosa en el momento que así lo desee, permitiendo en caso de violación de la preferencia, perseguirla en poder de quien se halle. Entre estos autores ya se destacó a MEZQUITA (el derecho de opción es real, independientemente de la inscripción (31), SALDANA es real incluso por razones prácticas, porque de poco serviría al titular como mero derecho personal en caso de incumplimiento (32), ALBALADEJO; GARCIA AMIGO, GARCIA CANTERO, CAMY SANCHEZ CANETE (33).

En esa postura se enmarca la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado ( Resolución de 29 de Enero de 1986).

B) Admitida la posibilidad de creación de un derecho real de opción, aparece un segundo problema: su acceso al Registro en base a lo establecido por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario; cuestión importante ahora, no tanto por el acceso en sí sino por la posible esencialidad de los requisitos que este artículo exige.

No se puede olvidar que el derecho de opción voluntario es un derecho negocialmente creado por las partes, y que, en consecuencia, y en base al sistema de "numerus apertus" acogido en el Derecho español en cuanto a la creación de nuevos derechos reales no regulados específicamente por el ordenamiento, los

interesados pueden crearlo con carácter real o no (34).

En el primer caso constituirá un poder directo e inmediato sobre la cosa, permitiendo a su titular, en caso de incumplimiento, dirigirse "erga omnes"; en el segundo, por el contrario, la violación de la preferencia sólo facultará al titular a dirigirse contra el que ha incumplido, exigiendo una indemnización, pero nunca el ejercicio de su derecho, por cuanto que el tercero, ajeno a la existencia de este derecho es legítimo propietario de la cosa, y el derecho personal de opción no permite su "persecución".

Sin embargo, y a tenor de lo establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, existe la posibilidad ya apuntada (35) de que el derecho personal de opción adquiere fuerza de derecho real mediante su acceso al Registro con el cumplimiento de los tres requisitos establecidos en el citado artículo 14. No hay unanimidad entre la doctrina sobre si el cumplimiento de esos requisitos ha de exigirse sólo para la inscripción de un derecho personal de opción, o para la de todo derecho de opción, personal o real, que se presente al Registro (36).

A favor de la primera postura, existe el hecho de que todo derecho real por el hecho de serlo, tiene acceso al Registro; a favor de la segunda postura aduce ROCA SASTRE (37) la analogía y la necesidad finalista, afirmando asimismo ALBALADEJO (38) la aplicación del artículo 14, en principio, a cualquier derecho de opción, real o personal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, insisten en la necesidad de cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Así, la Resolución antes citada de 29 de Enero de 1.986, analizando la inscripción de un derecho de opción al que la propia Dirección califica de real, exige la concurrencia del plazo y del precio. Lo mismo ocurre con las sentencias de 28 de Mayo de 1.976, 12 de Julio de 1.979, 29 de Octubre y 31 de Diciembre de 1.981, 10 de Diciembre de 1.982, 18 de Febrero de 1.983, 29 de Febrero de 1.983 ("en todo contrato de opción ha de existir la mención del precio que se fije para la posible adquisición por el optante y el plazo cierto para el ejercicio de tal derecho"), 17 de Octubre y 13 de Junio de 1.983, 9 de Febrero de 1.985, 7 de Julio de 1.986 ("la existencia de la determinación del plazo es esencial").

\*

\*

\*

A la hora de cuestionar la aplicación del artículo 14 a la inscripción del derecho de opción real, hay algo que no debe olvidarse, y es su propio concepto: "derecho que permite a su titular la adquisición preferente de la cosa objeto del mismo con independencia de la voluntad del propietario".

El negocio creador del derecho de opción inevitablemente habrá de regular por tanto las condiciones en las que se



producirá la compraventa, si se ejercita el derecho de opción.

Habrà de recoger el plazo en el que va a poder ejercitarse, y el precio que habrá de pagarse. La cuestión es saber si existe, como en el caso de la opción personal con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, algún criterio delimitador para el establecimiento del plazo o, incluso, si este artículo aplicable a la opción real, tanto cuando va a inscribirse en el Registro, como cuando no.

Si las partes no quieren inscribirlo, autores como DIEZ PICAZO y PUIG BRUTAU defienden la libertad de aquellas para establecer o no un plazo de duración de la opción, atribuyendo a los tribunales la facultad de señalarlo, en caso de no haberlo hecho las partes a tenor del artículo 1.118 del Código Civil (39). No hay que olvidar sin embargo, que uno y otro autor reconocen sólomente un derecho de opción personal.

Para contestar a la cuestión planteada en el supuesto del derecho real de opción, por su propia naturaleza de derecho real que limita el derecho de propiedad de una persona, concediendo al optante una preferencia adquisitiva, hay que tener en cuenta el carácter restrictivo con el que el ordenamiento permite todo aquello que limite la facultad de disposición integrante del derecho de propiedad, y su tendencia a reducirlos en el tiempo mediante el establecimiento de plazos cortos de caducidad. De ahí que quepa defenderse la aplicabilidad del plazo de 4 años a todo derecho de opción, personal, real que se inscribe y real que

accede al Registro.

## 2. CARACTERIZACION DEL RETRACTO CONVENCIONAL COMO DERECHO DE OPCION

Recordado el concepto de opción y la doble problemática planteada por este derecho, cabe considerar la caracterización como tal del retracto convencional.

En numerosas ocasiones se ha hecho referencia a la similitud existente entre retracto convencional y derecho de opción, similitud observada por algunos autores como GARCIA CANTERO, GARCIA AMIGO, DEL MORAL y LUNA, y LACRUZ (40). Esa similitud viene dada: por su carácter de derecho real, recogido específicamente en el artículo 1.510 del Código Civil en el caso del retracto convencional, y aceptado por la doctrina y jurisprudencia modernas en el caso de la opción tal y como se ha observado en el apartado anterior - por su inclusión entre una categoría de derechos reales concreta, los de adquisición lo cual supone la facultad de sus titulares de adquirir la cosa con preferencia a terceras personas- y sobre todo, por la preferencia absoluta que suponen ambos derechos, preferencia absoluta a la que si bien hay quien opone, en el caso concreto del retracto convencional, su inexistencia (41), por tratarse simplemente de la obligación del comprador de transmitir la cosa a exigencias del vendedor sin que terceras personas puedan adelantarse,

realmente supone la posibilidad de que optante- retrayente puedan ejercitar su derecho con total independencia de la voluntad del propietario; es suficiente el deseo de aquellos de adquirir la cosa, para que, cumpliendo las condiciones que se hayan establecido para esa adquisición el objeto de su derecho pase a formar parte de su patrimonio.

Esas similitudes, especialmente la última, hacen plantear la caracterización del retracto convencional como un derecho de opción específico, como un supuesto de derecho de opción en el que su constitución va aparejada necesariamente a una compraventa a una compraventa en "sentido contrario"; en tanto que la opción puede pactarse por las partes de forma autónoma, sin estar "adherida" a otro contrato, el retracto convencional se fundamenta precisamente en esa compraventa con que simultáneamente se crea el derecho del vendedor de recuperar la cosa de la que se desprende.

A ello hay que añadir que si se analizan los requisitos que a ambos derechos les exige el ordenamiento, se encuentran algunas coincidencias, si bien también se encuentra en ellas la razón de la especificidad del retracto convencional:

- Necesidad de establecer un período de tiempo, corto de duración. El artículo 1.508 del Código Civil dice que el retracto convencional durará "a falta de pacto expreso, 4 años contados desde la fecha del contrato, sin que pueda exceder de 10 en caso

de estipulación". Por su parte, la única referencia al derecho de opción se encuentra en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, sobre cuya protección, ya se ha apuntado (42), no existe unanimidad; este artículo establece un plazo máximo y único de 4 años.

El plazo de duración no es por tanto exactamente idéntico, ( 4 años para casos de no previsión sobre la duración del retracto, 4 años en todo caso, para el derecho de opción), pero no se debe olvidar que en la configuración del retracto convencional se ha tenido en cuenta el doble fin que se persigue con este derecho ( recuperación de lo vendido por tener necesidades económicas, por ejemplo), y por tanto se ofrece la posibilidad de poderlo realizar en un plazo más largo del que se concede al que sólo desea adquirir.

- Necesidad de determinación del precio a pagar al ejercitar el derecho. El artículo 1.518 del Código Civil exige para poder hacer uso del retracto, la devolución del precio de la venta, los gastos del contrato, los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario, por su parte, exige el precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Esta coincidencia de necesidad de determinación del precio en el que se va a exigir la cosa (43) no es absoluta, igual que ocurría en el primer requisito. El retracto convencional supone

una compraventa anterior, y a ella necesariamente se debe hacer referencia; el precio que ha de aparecer determinado vendrá dado en el retracto convencional, principalmente por el que se haya pagado al realizarse la compraventa, circunstancia que lógicamente no existirá en el caso de la opción. Una vez más, aparece como elemento diferenciador la existencia de una compraventa anterior, la existencia de un negocio tomado como punto de partida.

Pero aunque no de forma idéntica, la exigencia a ambos derechos de establecimiento de un plazo y un precio existe, y viene derivada precisamente y como antes se apuntó de su propia naturaleza de derechos reales de adquisición.

\*

\*

\*

Cabe concluir afirmando que el retracto convencional es un derecho real de adquisición preferente que, como tal, permite a su titular devenir propietario de la cosa con preferencia a cualquier otra persona, y con independencia de cual sea la voluntad del entonces propietario; un derecho real de adquisición con un origen indirecto y mediato en una compraventa ( su negocio constitutivo es simultáneo a éste), que faculta al retrayente a recuperar la cosa que enajenó por el precio y el tiempo fijados en el negocio de constitución; un derecho que constituye en manos de su titular una opción a adquirir cuando y como desee, sin otro condicionante que su voluntad.

El retracto convencional es una manifestación específica del derecho de opción la que aparece directamente unida a una compraventa anterior; la otra manifestación, la que aparece de forma autónoma y ajena a cualquier relación, es la que tradicionalmente se ha venido denominando opción.

## SEGUNDA PARTE- CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO VOLUNTARIO

---

### I.- EXISTENCIA DEL RETRACTO VOLUNTARIO. ERROR TERMINOLOGICO

A diferencia de lo que ocurre con el retracto convencional, no se encuentra en el Código Civil concepto alguno del retracto voluntario, cuya existencia tampoco se menciona.

Ya se ha indicado (44) cómo por una simple cuestión terminológica se había dejado en el olvido la figura del retracto voluntario. El error de denominación denunciado por RIAZA (45) había convertido a retracto legal y retracto convencional en las variantes comercial y legal de un mismo derecho. Ha contribuido en

gran manera a ese paralelismo entre uno y otro lo dispuesto por el Código Civil, al incluirlos en el Capítulo VI como dos modos de resolución de la compraventa señalando literalmente: "la venta se resuelve...por el retracto convencional o por el legal", y regulándolos posteriormente de forma consecutiva, el retracto convencional en la sección primera el legal en la segunda con semisiones a lo establecido para aquel y el artículo 1.525 a los artículos 1.511 y 1.518).

"No conviene cargar la mano en las culpas del legislador -dice GARCIA CANTERO (46)-, por un lado siguió modelos extranjeros al regular dentro del contrato de compraventa el retracto convencional, y por otro resulta explicable que al regular con amplitud el Retracto legal, apartándose de los ejemplos extranjeros, lo incluyera junto al convencional con el que le unía al menos un vínculo terminológico. Ello no impide que a la vista del fenómeno que se ha denominado "la renaissance des retraits" y del desarrollo doctrinal de la figura de los derechos reales de adquisición, sea conveniente replantearse el tratamiento sistemático más adecuado".

Siguiendo la línea marcada por el Código Civil hay autores que aun observando diferencias entre uno y otro, buscan dar concepto unitario del derecho de retracto.

NAVARRO AMANDI, señala que el retracto legal consiste lo mismo que el convencional en deshacer una venta o dación en pago, colocandose el retrayente en lugar del comprador o cesionario.

Cuando el derecho de retraer se funda en una declaración de la Ley, se llama legal (47).

Para MANRESA el derecho que compete a ciertas personas para quedarse por el tanto con la cosa vendida a otro, podría nacer de la ley o del pacto y de ahí la división de los retractos en legales y convencionales (48), añadiendo que el retracto convencional y el legal "podrán diferenciarse en cuanto a su origen, mas no en cuanto a su contenido (49)".

CLEMENTE DE DIEGO, tras calificar el tanteo y el retracto como derechos reales limitativos del dominio, pero de adquisición, considera a éste último como complemento del tanteo, consistiendo sustancialmente en la facultad de subrogarse en el lugar del comprador rescindiendo la venta consumada a su favor mediante el abono del precio y demás gastos legítimos el retracto se dirige contra el comprador después de efectuarse la venta. El retracto es convencional y legal; el primero constituye el pacto de retroventa mientras que el segundo es otorgado por la ley en ciertos estados de la propiedad; aquel es pacto agregado a la venta y éste, tiene lugar con ocasión de la venta o de la acción de pago" (50).

Tampoco CASTAN vence el impulso de intentar dar ese concepto genérico, y tras en principio renunciar a ello criticando a quienes lo dan, define el retracto en general por la vía de la yuxtaposición de conceptos. Dice CASTAN del retracto; "En el Código español se le considera como una especie de resolución de



la compraventa y se le divide en categorías de convencional y legal. El convencional es el que se ejercita por el vendedor en virtud de pacto de retroventa; el legal, el que se ejercita por terceras personas en los casos que la ley autoriza la subrogación de ésta en el lugar del comprador... Y la verdad es que la unificación de ambas instituciones que, siguiendo el Proyecto de 1.851 ha hecho el Código Español, tiene escaso valor racional y nula utilidad práctica, pues apenas si puede encontrarse alguna nota común entre el retracto legal y la venta con pacto de retro"; sin embargo, y tras esta crítica --"por esta razón renunciamos a trazar una doctrina genérica del retracto que tenga común aplicación a las dos especies que les reconoce nuestro Derecho positivo"--, añade "más propio creemos que sería definir el retracto en general por la vía de la yuxtaposición de conceptos, como el derecho que, por virtud de pacto o de la ley compete al vendedor o a una tercera persona que no ha intervenido en el contrato para adquirir la cosa vendida subrogándose en el lugar y derecho del comprador" (51).

Si se analiza detalladamente estas concepciones, se observa que en realidad, en su intento de incluir en ellas el retracto legal y el convencional, sólo definen aquel y su variante creada negocialmente, y no al retracto convencional que exige necesariamente una transmisión anterior a la que no hacen referencia y que es la que precisamente le da significado.

\*

\*

\*

Es significativo el hecho de que advertidas progresivamente las grandes diferencias existentes entre retracto convencional y retracto legal, la única consecuencia haya sido la de no dar una definición genérica de los mismos, ofreciendo un tratamiento independiente de cada uno de ellos, sin plantearse siquiera la posibilidad de que fueran dos derechos distintos.

Así MUCIUS SCAEVOLA advierte que en el artículo 1.521 no sólo existe una contraposición por la diversidad accidental de nombre, sino por la sustancia de la institución, pero no profundiza realmente en su distinta naturaleza (52).

De igual modo BADENES GASSET, indicando que no estima correcto construir una "doctrina genérica del retracto que tenga común aplicación a las dos especies que le reconoce el Derecho Positivo español. La venta o carta de gracia es en realidad, una venta con condición resolutoria potestativa, y por tanto, institución ajena a la materia propia del tema de los derechos reales de adquisición preferente", hace resaltar las diferencias entre uno y otro recogiendo una comparación a dos columnas de su significado, efectos, personas intervinientes, transmisiones en las que aparece... realizada en su día por RIAZA (53).

BORRELL SOLER también observa como uno y otro son diferentes, aunque alguna de las disposiciones que los regulan, sean comunes a ambos, señalando como diferencias existentes entre otras: que el retracto convencional nace de un convenio y el legal lo concede el Código; que el retracto convencional se establece por

interés de las partes y el legal se establece por motivos de orden público... (54), sin que tampoco analice la posibilidad de un derecho de retracto paralelo al legal, creado negocialmente.

## II.- CONCEPTO

En la actualidad, y como consecuencia de esa línea divisoria trazada a lo largo del tiempo y de la doctrina, entre uno y otro derecho ya nadie busca -- por considerarlo de nula importancia -- un concepto unitario que agrupe a ambos retractos. Partiendo de esta postura un sector de la doctrina los caracteriza de modo independiente resaltando el error terminológico sufrido como causa de tal confusión, aunque señalando asimismo la poca utilidad que tendría ahora denominar de otro modo el retracto legal, por ser ésta terminología sumamente enraizada en el uso forense y en la praxis legislativa (55), y sin intentar plantearse la existencia de las variantes voluntaria y legal de los respectivos retractos.

Una dificultad para la admisión de ese nuevo derecho de retracto vendría dada por la posibilidad o no de creación de nuevos derechos reales, es decir, por la acogida de un sistema de "numerus apertus" o de un "numerus clausus" de nuestro ordenamiento. Tal dificultad fue superada en la INTRODUCCION

(56), al tratar de la propia existencia de una categoría de derechos reales de adquisición que no estaba expresamente configurada como tal en la legislación. Admitida la existencia de un sistema de "numerus apertus", y por tanto la posibilidad de que los particulares puedan crear (en base al principio de autonomía de la voluntad), los derechos reales que deseen, con la única limitación de que estos sean realmente creadores de derechos reales, -haciendo concurrir en ellos los elementos que los integran- y no de simples manifestaciones negociales, no aparece problema alguno que se oponga a la creación negocial de un derecho de retracto, paralelo al legal. Hay que considerarear de otra parte, el hecho de que esta dificultad podría no existir por ser el derecho de retracto voluntario una simple variante de un derecho real ya regulado por la ley; en este sentido ALBALADEJO y O'CALLAGHAN (57) al pronunciarse partidarios del sistema de "numerus apertus" señalan respectivamente: "otra cuestión es que en la práctica sea difícil crear figuras absolutamente nuevas de derecho real (y no meros subtipos englobables en alguno típico)..." y "cosa distinta es que casi todos los derechos pensables quepa establecerlos como variantes de los tipos de derechos ya creados por la ley". Asimismo LACRUZ, defensor de la postura contraria, observa que aunque haya que limitarse a los derechos reales ya existentes "ello no ha de impedir crear nuevos derechos cuando se trata en realidad de pactar tipos ya regulados legalmente "(58).

Son numerosos, sin embargo, quienes ante las notorias diferencias existentes entre retracto convencional y retracto

legal, califican a ambos derechos reales de adquisición preferente, distintos, y buscan un paralelo comercial para el retracto legal. Esta postura, si bien se ha arraigado con mayor fuerza en la actualidad, no puede decirse que sea reciente.

Entre nuestra doctrina, referencias a un retracto idéntico al legal, pero de origen comercial, se encuentran ya en SANCHEZ ROMAN, aunque lógicamente no de forma clara define este autor el retracto como "el derecho a favor de personas distintas a los que celebraran la compraventa y en consecuencia, resultado de pactar con un tercero que se pueda poner en lugar del comprador" (59).

Por su parte RIAZA en su configuración del retracto legal como un derecho de adquisición distinto al retracto convencional a pesar de la denominación atribuida por legislación, doctrina y jurisprudencia, apunta la posibilidad de crear comercialmente un derecho de subrogación o sustitución (como el llama al retracto legal) de origen comercial que, además, beneficiaría al individuo -por cuanto evitaría la usura al no poder su estructura encubrir un préstamo usurario- y al Estado, al obligar indirectamente a los contratantes a hacer constar en la escritura pública el verdadero precio de la transmisión (dado que es este mismo precio el que sería reintegrado por el retrayente en caso de ejercicio).

A este derecho de subrogación voluntario, continúa este autor, le serían aplicables las normas de rescisión de los contratos y debería ser inscrito en el Registro (60).

Tiempo después CASALS COLLDECARRERA (61) afirmaría que "el Código Civil español regula impropiaemente, en sus artículo 1.507 a 1.520, el pacto de retro, confundido con el retracto convencional. Falta ésta en la que incurren numerosos autores ( Gonzalo de las Casas, Escriche, Isobol, Planas y Casals, Oliver, Clemente de Diego), añadiendo que la cuestión de distinguir el pacto de retro y el retracto convencional es uno de los problemas que más oscuros se han hecho a partir de la ya inicial vacilación romana, que los hacía oscilar entre las condiciones resolutoria y la simple promesa de reventa", distinguiendo él entre uno y otro en base a que el retracto voluntario sólo es aplicable si el poseedor de la cosa decide enajenarla, en tanto que en el retracto convencional el vendedor puede recobrar la cosa a su voluntad. Esta distinción la recoge asimismo BORRELL Y SOLER (62).

FUENMAYOR en su afán de tipificar una y otra institución definió el pacto de retro como una promesa de reventa que daba lugar a dos contratos distintos de compraventa en las que las titularidades se hallaban alternadas (63).

Posteriormente BADENES GASSET (64) define el derecho de retracto como "el derecho que compete a ciertas personas por ley, costumbre o pacto para adquirir por el mismo precio la cosa que otro ha vendido, rescindiendo el contrato con respecto al comprador en cuyo lugar se subroga", denominando retracto de preferencia a lo que en realidad no es sino un derecho de tantéo, derecho que obliga al comprador a ofrecer la cosa al vendedor si en algún momento se decide a venderla, aunque él añada que "si no

da aviso de la enajenación, nacerá el derecho de retracto del artículo 1.521" planteando de esta forma el problema de la configuración del derecho de retracto en dos fases aun en el caso de su creación negocial.

La posibilidad de crear negocialmente este derecho es también observada por la doctrina alemana, en la que se inspiró de modo definitivo la española --como ya se señaló en la INTRODUCCION (65)-- para desarrollar la categoría jurídica de los derechos reales de adquisición. ENNECCERUS-LEHMANN (66) señalan la posibilidad de creación mediante acuerdo e inscripción en el Registro del derecho de tanteo, equivalente al derecho de retracto español, aunque no exactamente igual (67), remitiéndose seguidamente a su estudio en el derecho de cosas, donde WOLFF apunta de nuevo el establecimiento negocial del derecho real de tanteo (68) y la realización del mismo mediante acuerdo e inscripción y nunca por usucapión.

A ello, PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (69) oponen que si bien no ven inconveniente en constituir por negocio jurídico los derechos de compra preferente ( tanteo y retracto) que la ley establece con carácter legal, las dificultades proceden de la insuficiente previsión legal.

También POTHIER habla de un retracto convencional distinto a un derecho de retroventa, si bien dándole al mismo un concepto un tanto oscuro al mezclar caracteres de uno y otro; dice del

retracto convencional que es un derecho que nace de una convención establecida al enajenarse una finca, en virtud de la que aquél que la enajena estipula que él o sus sucesores tendrán derecho, cuantas veces sea vendido el predio, ya sea por el adquirente o por sus sucesores, a gozar de preferencia sobre los compradores y a hacer suya la compra realizada por éstos. De un lado aparecen los presupuestos básicos del retracto convencional: compraventa previa, preferencia para adquirir a favor del vendedor; de otro el del retracto voluntario: necesidad de que un tercero haya comprado ya para subrogarse en su lugar (70).

En España actualmente, esta es la postura más aceptada por la doctrina a pesar de la poca utilización que del retracto voluntario suele hacerse, tal y como apunta ALBALADEJO (71) y se recogió en la INTRODUCCION (72).

Dentro de éstos hay autores que se limitan a admitir simplemente su existencia: GARCIA CANTERO, ALBALADEJO (73). Otros, dan un concepto del mismo: GARCIA AMIGO lo define como derecho idéntico al legal sólo que variando la fuente originaria del mismo (75); PUIG BRUTAU como el derecho otorgado convencionalmente de ser adquirente preferente de una cosa si el propietario la enajena (76). ARECHEDERRA se plantea además los aspectos de su fundamentación e inscripción en el Registro, considerando el retracto voluntario --ante la inexistencia de regulación en el Código Civil--, como una figura de carácter atípico cuya existencia se deriva del artículo 1.255 del Código Civil, se trata de un mero nexo fruto de la autonomía privada en



la que precisamente encuentra justificación al estar exento de las justificaciones típicas que presenta el retracto legal (77).

Por último señalar a CAMY SANCHEZ-CANETE quien distinguiendo entre retracto legal y retracto convencional (tanto que a éste le considera derecho real de garantía y a aquel derecho real de adquisición), define el retracto voluntario como "el derecho real concedido a un tercero por el titular de una cosa o derecho para que éste pueda subrogarse en el lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato por el cual se vende o se da en pago dicha cosa" (78); observa asimismo al igual que hiciera ARECHEDERRA, su aspecto registral y entiende que no puede ser configurado como promesa de venta, es decir con carácter personal porque en él siempre irá involucrado un tercero ajeno a la obligación que al no estar obligado por la estipulación de las partes contratantes del derecho personal impedirá que el derecho de retracto tenga eficacia.

\*

\*

\*

Como conclusión y entendiendo posible la creación negocial de este derecho, cabe definirlo como un derecho real de adquisición de origen negocial, pactado entre las partes, que permite a su titular la adquisición preferente de la cosa cuyo derecho de propiedad limita, una vez haya sido enajenado a terceras personas, y siempre y cuando pueda ofrecer las mismas condiciones

ofrecidas por éstos.

Por su carácter de derecho real de adquisición, consiste en la facultad de adquirir con preferencia a cualquier otro y cualquiera que éste sea; carácter real que, se observará posteriormente (79), es esencial en este retracto, por cuanto que la posición del tercer adquirente sería, en caso de incumplimiento, para el retrayente personal, inatacable.

Sobre esta preferencia adquisitiva del titular de este derecho, las partes establecen negocialmente las circunstancias de su ejercicio:

- necesidad de que se haya realizado la transmisión a un tercero ajeno a su creación.

- obligatoriedad de ofrecer como mínimo, las mismas condiciones ofrecidas por el adquirente, o en su caso un porcentaje superior o inferior sobre éstas.

TERCERA PARTE. DIFERENCIAS ENTRE UNO Y OTRO Y CARACTERES DE AMBOS

-----

## I.- EN GENERAL

Tradicionalmente la única distinción que se ha venido realizando ha sido la existente entre retracto convencional y retracto legal. La razón es muy simple: abandonada la idea de buscar un concepto único que agrupara ambos derechos debido a las diferencias que entre ellos se observaban, no cabía sino explicar cuáles eran esas diferencias. Ello unido al hecho de que los pocos autores que advertían la posibilidad de creación de un derecho de retracto de origen negocial se limitaban al reconocimiento de su existencia, ha supuesto que las comparaciones realizadas se hayan centrado sólo en estos derechos. Si se entiende que el retracto voluntario es el paralelo negocial del retracto legal, tales comparaciones pueden ser de utilidad para distinguir al retracto convencional y al retracto voluntario, debiendo exceptuar ya en principio las diferencias que recogen el distinto origen de los dos retractos que en el caso del convencional y el voluntario coinciden, así como las referentes a los motivos de su existencia ( los legales se conceden por motivos de orden público o interés social con el fin de poner término a situaciones que se consideran antieconómicas).

BORRELL y SOLER por ejemplo, señala como diferencias las siguientes (80):

- 1) El retracto convencional puede ejercitarse en cualquier

momento dentro del plazo convenido o del señalado por el Código Civil para el caso de que los interesados no hayan estipulado otro; el retracto legal sólo procede cuando se presenta la oportunidad de que el propietario de una cosa la haya vendido y exista otra persona distinta al comprador que tiene preferencia para adquirirla.

2) En el retracto convencional sólo intervienen dos personas, vendedor o titular del derecho de retracto y comprador; en el retracto legal tres, comprador, vendedor y un tercero que es el retrayente.

3) El retracto convencional, derivado del pacto de retro añadido a una compraventa, constituye una condición resolutoria de este contrato; el retracto legal supone la subrogación del retrayente en el lugar de un tercero que ha adquirido la cosa (81).

La distinción entre retracto convencional y retracto legal -- y excepcionalmente el voluntario --, es para PUIG BRUTAU (82) evidente al tratarse el retracto convencional de un derecho de readquisición en base al que se deshace la venta y el titular recupera lo enajenado, y el retracto legal de un derecho que permite la adquisición preferente del titular y en consecuencia la exclusión del comprador, no resolviéndose la compraventa, sino produciéndose una sustitución de uno de los intervinientes.

Por la sistemática es importante mencionar la comparación

entre retracto convencional y legal realizada por RIAZA (83).

Retracto regulado por  
los artículo 1.507 a 1.520

Retracto comprendido en  
el artículo 1.521

1) Consiste en el derecho de deshacer un contrato de compra venta, devolviéndose comprador y vendedor respectivamente cosa y precio.

2) El retrayente es forzosamente parte del contrato que deshace

3) Desde que el contrato se hace, la voluntad del vendedor actúa sobre la cosa.

4) En su desarrollo normal intervienen sólo las personas del comprador y vendedor.

5) El dominio que se trans-

1) Consiste en el derecho de subrogarse una persona en lugar del adquirente de la cosa, indemnizando del precio satisfecho y respetando las condiciones pactadas.

2) El llamado retrayente forzosamente no interviene en el contrato en el que ejercita su derecho.

3) El vendedor desde el otorgamiento del contrato pierde todo contacto con la cosa.

4) En su desarrollo ordinario intervienen tres personas: comprador, vendedor y retrayente.

5) El vendedor transmite un

mite en el contrato es resoluble  
pendiente de que el mismo  
vendedor lo retorne

6) Desde el nacimiento del  
derecho, las condiciones de  
precio y demás a cumplir, son  
indispensablemente conocidas  
del que va a retraer.

7) Sólo se da respecto del  
contrato de compraventa

8) Se da una subrogación  
del retrayente en lugar del  
comprador, que es la natural de  
acto traslativo de dominio

9) Hay una resolución del

dominio absoluto incondicional  
irresoluble; por virtud del  
contrato celebrado no puede  
volver la cosa a sí.

6) Las condiciones a cumplir  
por el retrayente pueden ser  
y lo son en la mayoría de los  
casos ignoradas por el que se  
obliga a cumplirlas.

7) Procede respecto de todas  
las enajenaciones en que por  
su naturaleza pueda conse-  
guirse la total subrogación  
del retrayente en lugar del  
comprador.

8) Se produce una subrogación  
sui generis, o mejor una sus-  
titución de persona ( del todo  
quiriente), naciendo el dere-  
cho al verificarse la primera  
venta y dirigiéndose contra el  
último y actual poseedor de la  
cosa.

9) El contrato respecto del

contrato en que se ejercita el	que se ejercita el retracto
retracto	permanece inalterable e inat- tacable.

Como se observa la diferenciación que este autor hace de estos derechos se basa principalmente en el carácter resolutorio en el que consiste, a su juicio, el retracto convencional, y al de subrogación en el que consiste el retracto legal ( diferencia número 1 ). De ella se derivan la tercera, al ser el retracto convencional una condición resolutoria, la voluntad del vendedor actúa sobre la cosa, lo que no ocurre en el retracto legal; y la quinta, el dominio que se transmite es resoluble en un caso y absoluto en el otro.

Asimismo hay que señalar la confusión existente entre la compraventa con la que dice se crea mediante pacto a ella adherido el retracto convencional y la compraventa a partir de la cual se ejercita el retracto legal, que aparece reflejada en las diferencias séptima y novena.

Entre los autores que, admitiendo la existencia de un retracto voluntario lo comparan con el retracto convencional, se encuentra GARCIA AMIGO (84), quien distingue uno y otro en base a varias notas:

1) El número de voluntades intervinientes en su ejercicio: en la opción ( retracto convencional) sólo juega la voluntad del optante y del dueño; en el retracto legal y voluntario, tres, la

de desprenderse de la propiedad del enajenante, la de adquirirla del retrayente y la del tercer adquirente.

2) El factor tiempo: en el retracto convencional, la facultad de retraer puede efectuarse a lo largo de todo el plazo de ejercicio del mismo, esté el dominio del bien en cuestión en manos del que concedió la facultad de optar o de cualquier tercero; en el retracto legal o voluntario, la facultad de retraer no puede ejercitarse hasta tanto la enajenación no se haya consumado a favor de un tercero.

3) A la virtualidad de la voluntad del dominus, nula en el retracto convencional, básica en el voluntario.

4) La contraprestación que su ejercicio comporta: en el retracto convencional lo específicamente señalado en el negocio creador, en el retracto voluntario, lo realmente pagado más los gastos de legítimo abono.

## II.- DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE RETRACTO CONVENCIONAL Y VOLUNTARIO.

El verdadero punto de partida para el estudio de las diferencias entre retracto convencional y retracto voluntario es entender que ambos tienen una misma naturaleza, que ambos son



derechos reales de adquisición y como tales, poderes directos e inmediatos sobre su objeto, que, concedidos a su titular, le facultan para adquirir la propiedad con preferencia a cualquier otro.

A partir de esta postura, el retracto convencional sería el derecho de opción de origen negocial en virtud del que el vendedor puede adquirir la cosa vendida con preferencia a cualquier otra persona; y el retracto voluntario el derecho en virtud del que su titular tiene derecho a adquirir una cosa cuando ésta haya sido transmitida a otro por lo que éste dió por ella, pudiendo distinguir a partir de estos conceptos las siguientes diferencias:

Primera: Ya el mismo concepto de uno y otro refleja una diferencia básica entre ambos. El retracto convencional supone una relación previa entre propietario y retrayente; supone la existencia necesaria de una compraventa en la que el vendedor sea el futuro propietario, precisamente con el fin de servir al verdadero significado de este derecho: vender con la posibilidad de recuperar. En el retracto voluntario por el contrario, esta relación no ha de existir, las partes establecen, crean ese derecho a favor de una de ellas con total independencia a cualquier otro contrato o relación.

Segunda: Como consecuencia de ello aparece una segunda diferencia respecto a los sujetos intervinientes. Mientras que en el retracto convencional intervienen, de producirse su desarrollo

normal, sólo las personas que lo estipularon --comprador y vendedor--, en el retracto voluntario intervienen tres personas: las personas que lo estipularon y el tercero que adquiere la cosa, tercero con cuya adquisición se posibilita el ejercicio del retracto voluntario y cuya posición será ocupada por el retrayente.

Tercera: Una tercera diferencia sumamente importante, por cuanto ha llevado a muchos autores (85) a considerar el retracto convencional como un verdadero tipo del derecho de opción negocial, es que el titular del retracto convencional no ha de esperar para ejercitar su derecho a que el propietario de la cosa se decida y transmita la misma a una tercera persona, sino que puede hacer uso de su derecho cuando él lo desee aun en contra de la voluntad del propietario, siempre y cuando lo haga en el plazo y condiciones estipuladas; por el contrario, el titular del retracto voluntario sólo podrá ejercitar su derecho cuando el propietario de la cosa la haya transmitido a un tercero. En tanto que en el caso del retracto convencional, la transmisión del objeto del derecho, a un tercero es una vulneración del mismo, vulneración que tiene como consecuencia el ejercicio de una acción real "erga omnes" que posibilita la recuperación de la cosa ( artículo 1.510 del Código Civil ), en el retracto voluntario la transmisión a un tercero es presupuesto necesario de su ejercicio dado que mientras no se produzca, el retrayente no podrá utilizar su derecho.

El retracto convencional, por lo tanto, no requerirá de una

enajenación anterior que desencadene su ejercicio; para el, creación y posibilidad de ejercicio coinciden, no así para el retracto legal cuyo desenvolvimiento requerirá de una enajenación previa. Sin embargo, en algunos autores como RIAZA (86), se produce una confusión, identificando el negocio creador del retracto convencional con el negocio que da lugar al ejercicio del legal o voluntario.

Cuarta: Ello conduce a su vez a una cuarta diferencia, referente ésta al inicio del plazo de caducidad que ambos derechos tienen para su ejercicio. En el retracto convencional, el plazo estipulado o, en su defecto, el señalado por la ley, comienza en el mismo momento en que se crea tal derecho, porque a partir de ese momento también puede ejercitarse; en el retracto voluntario, en cambio, el plazo de caducidad comienza a correr desde que se produce la enajenación que posibilita su ejercicio (con lo que si ésta no se produce puede existir indefinidamente).

Estos plazos de caducidad marcan una nueva distinción entre ambos derechos, por sus diferentes consecuencias. Mientras en el retracto convencional es siempre causa de extinción, para el retracto voluntario puede no serlo, si así se ha estipulado en el contrato produciendo de modo análogo a lo que ocurre con el retracto legal, la simple imposibilidad de ejercicio con referencia a la enajenación realizada, pero no su desaparición (87).

Quinta: Una última diferencia hace relación a la

contraprestación que se deriva del ejercicio de uno y otro. Desde el nacimiento del derecho, el retrayente convencional conoce las condiciones de precio y demás a cumplir cuando ejercite su derecho, mientras que en el voluntario los ignora por tener que ser éstas las que haya ofrecido y realmente pagado el tercer adquirente, más los gastos de legítimo abono.

### III- CARACTERES COMO DERECHOS REALES

Al configurar el retracto convencional y el retracto voluntario como dos derechos reales de adquisición preferente, se les atribuye los caracteres de todo derecho real y, además los de los derechos reales de adquisición preferente. A esos caracteres señalados ya en la INTRODUCCION (23), hay que remitirse para evitar repeticiones inútiles, si bien quepa aquí una somera referencia a los mismos para el caso concreto de retracto convencional y retracto voluntario.

#### 1. COMO DERECHOS REALES

Al tratarse de un tipo de derechos reales en cosa ajena se caracterizan por:

Primero: Recaer directamente sobre el objeto de los mismos que ha sido determinado bien legalmente ( derechos reales de adquisición legales ), bien negocialmente ( derechos reales de adquisición negociales ).

Segundo: Excluir a cualquier otro de su adquisición con carácter general o absoluto, concediendo poder para ser ejercitados aun cuando se haya enajenado a terceros el objeto de los mismos.

Tercero: Ser limitados. Su único objeto es la facultad de adquirir algo, ambos retrayentes no podrán conseguir con su ejercicio otra cosa que no sea la mera adquisición, como su propio nombre indica. O'CALLAGHAN refleja tal carácter de los derechos reales de adquisición diciendo que "sólo preparan el nacimiento del derecho real pleno ya que su ejercicio aboca a convertir al titular en propietario".

Cuarto: Ser restrictivos del derecho de propiedad, en el sentido de limitación del derecho de propiedad, como todo derecho real en cosa ajena, lo que es distinto a ser límite del derecho de propiedad; los derechos reales en cosa ajena, sustraer del derecho de otra persona alguna de las facultades que integran su derecho, limitándolo. Los derechos reales de retracto convencional y retracto voluntario limitan el derecho de propiedad de otra persona al poder adquirir el objeto de esa propiedad, limitación que en el caso del retracto convencional es mucho mayor por cuanto que el titular del mismo podrá hacer uso

de la facultad limitadora en cualquier momento y circunstancia, sin depender de la voluntad del propietario, cosa que no ocurre en el retracto voluntario donde la voluntad de éste tiene un papel importante a jugar, ya que si no se decide a enajenar y lo hace realmente, el retrayente no podrá ejercitar el derecho del que es titular.

## 2.- COMO DERECHOS REALES DE ADQUISICION

Primera.

Como derechos reales de adquisición preferente, se caracterizan porque gozando de los anteriores caracteres comunes a cualquier derecho real, hay algo que los individualiza, esa preferencia adquisitiva que supone su ejercicio. Preferencia que es distinta en uno y otro derecho precisamente como consecuencia del mayor carácter limitativo del retracto convencional. Al poderlo ejercitar su titular en cualquier momento y sin necesidad de que exista una enajenación anterior que lo posibilite, la preferencia es absoluta frente a cualquiera y siendo cuales fueren las condiciones ofrecidas por este tercero; en el retracto voluntario la preferencia es relativa, el titular sólo será preferido en el caso de que ofrezca, al menos, las mismas condiciones que el tercero que ya ha adquirido en la transmisión del presupuesto del ejercicio de este retracto.

Segunda.

Son además de tracto único; al ser el objeto de ambos retractos la adquisición de algo, una vez que esto es adquirido, se extinguen. A diferencia de otros derechos reales, -dice GARCIA AMIGO- el ejercicio de retracto convencional y voluntario es causa de extinción, porque en definitiva logra la función que fundamenta su existencia (90).

Tercera.

Son temporales; ambos derechos tienen un plazo determinado en el negocio y subsidiariamente en la ley (artículo 1.508 del Código Civil para el retracto convencional) para ser ejercitados; plazo que es de caducidad por lo que una vez transcurrido se produce la extinción de los mismos; esta extinción, sin embargo, puede no ser tal en el caso del retracto voluntario si las partes, al crearlo, establecen un régimen idéntico al que tienen los retractos legales y en virtud del que el transcurso del tiempo sólo produce la imposibilidad momentánea del ejercicio, pudiendo volver a ser ejercitados con la realización de una nueva enajenación.

#### IV.- CONFIGURACION PERSONAL DE ESTOS DERECHOS

Establecidos sus caracteres como derechos reales se plantea el problema de su existencia como derechos personales, como derechos creados por las partes pero configurados no con esos caracteres anteriormente citados, sino como un derecho personal.

Esta cuestión se apuntó ya en al INTRODUCCION con carácter general así como para el caso concreto de la opción negocial, aunque de forma secundaria por tratarse entonces de explicar si el artículo 14 del Reglamento Hipotecario se refería a la opción personal (en cuyo caso supondría la posibilidad de oponibilidad frente a un tercero de un derecho no real y por tanto carente de este carácter tipificados (91)), o a la opción real, lo que por su parte constituiría una excepción a la libre inscripción en el Registro de todo derecho real (92).

En el caso concreto del retracto voluntario y retracto convencional, se plantea el problema de si cabe su creación con un simple carácter personal, o si por el contrario ello carece de sentido.

En cuanto al primero, CAMY SANCHEZ CANETE (93) se pronuncia afirmando la imposibilidad de su existencia, aduciendo que si el negocio jurídico crea un tanteo, un retracto o una opción, ha creado necesariamente un derecho real sin que pueda decirse que pueda hacerlo de una de esas figuras jurídicas pero con las características de derechos personales, y menos aun, añade, en el caso del retracto ( legal o voluntario ) en donde se obligan terceras personas completamente alejadas del contrato base porque



prometer que un tercero no conocido ahora --el posible adquirente-- subrogará sus derechos en la adquisición en favor del que ahora recibe la promesa de retracto es algo imposible de encajar en nuestro ordenamiento.

Del mismo parecer es ARECHEDERRA (94) quien califica de desfiguración esencial la configuración personal del retracto, a pesar de que nada impida que nominalmente e incluso desde un punto de vista negocial, descriptivamente, se configura con ese carácter; lo que no ocurre con la opción por ejemplo, donde aun tratándose de un derecho personal puede acceder al Registro y tiene eficacia real.

Siendo esencial y no simplemente una consecuencia la eficacia frente a terceros (por no ser sólo una pretensión adquisitiva sino una pretensión adquisitiva preferencial), se llega a la conclusión de que dicha hipótesis es absolutamente inverificable; la posición del adquirente frente al retracto personal sería sencillamente inatacable.

DEL MORAL Y LUNA (95) asimismo considera que los contratantes, mediante el derecho creado no conseguirán la finalidad perseguida cual es la adquisición de la cosa en todo supuesto y la tenga quien la tenga.

Por lo que se refiere al retracto convencional, nada se dice sobre su configuración personal por aparecer recogido en el Código Civil su creación negocial con carácter real ( artículo 1510); sin embargo, si se tiene en cuenta que el retracto

convencional es un tipo específico, del derecho de opción, pueden aplicarse analógicamente alguno de los razonamientos aducidos para la posibilidad de crear un derecho personal de opción, pueden aplicarse analógicamente alguno de los razonamientos aducidos para la posibilidad de crear un derecho personal de opción, si bien hay que tener en cuenta el confusionismo antes apuntado, producido por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y que lleva a la admisión por parte de la doctrina de un derecho de opción personal en base a fundamentos completamente distintos (96). El derecho de opción es un derecho que puede ser configurado con carácter real o personal; permitiendo el artículo 14 del Reglamento Hipotecario el acceso al Registro, a pesar de su carácter personal, mediante el cumplimiento de unos requisitos, siendo en consecuencia un derecho personal con eficacia real.

La posibilidad de poder ser creada con carácter personal sin que se produzca la desfiguración como tal derecho se debe a juicio de ARECHEDERRA (97) a dos razones:

1) a que su eficacia adquisitiva no se ve mermada por razones intrínsecas, sino por lealtad del propietario.

2) a que aun tratándose de un derecho personal tiene acceso al Registro.

En el retracto convencional se produce el mismo supuesto que en el derecho de opción; la relación que se crea va a existir

entre las dos partes que participan en esa creación sin posibilidad de obligar a un tercero a aceptar una situación que no conoce y que además no le vincula.

\*

\*

\*

Atendiendo al modo de constitución de ambos derechos, se puede observar que retracto convencional y retracto voluntario son dos derechos creados mediante un precontrato. Como ya se ha apuntado y se estudiará más adelante (98) el derecho real de adquisición se crea negocialmente mediante un precontrato, las partes convienen mediante el mismo, que una de ellas pueda exigir a la otra la eficacia inmediata de un contrato por ellos proyectado; se trata de una promesa unilateral de contrato, de un contrato de opción del que se deriva la facultad de exigencia de cumplimiento sólo para una de las partes. Estos podrán buscar una mayor eficacia, una mayor seguridad y configurar tal facultad como un derecho real o dejarlo simplemente como facultad personal que en caso de incumplimiento dirigirse contra el tercero.

Es precisamente en el caso de incumplimiento donde más claramente se aprecia la imposibilidad de configurar un retracto voluntario. El retracto convencional podrá ser configurado como derecho personal, el voluntario no, no porque además de que ante un tercero ajeno a su constitución no tendría ningún valor y por

tanto no posibilitaría a su titular la adquisición preferente, sólo facultará a éste para reclamar una indemnización al propietario como consecuencia de su incumplimiento; la ineficacia del retracto personal se deriva de su propia naturaleza y no de la conducta del propietario que en modo alguno ha incumplido (99). El retrayente voluntario con carácter personal se encuentra con un arma muy débil, tanto que le impide utilizarla contra el propietario cuyo comportamiento ha sido el correcto, o contra el tercero que no conocía la existencia del retracto y que por tanto no ha de aceptar sus efectos.

La constitución como derecho personal de retracto convencional se bien no posibilita la adquisición a su titular en caso de transmisión a un tercero, es un arma más poderosa en manos del retrayente. Enajenada la cosa a un tercero y no siendo el retracto convencional de carácter real, no puede su titular ejercer su acción contra el comprador de buena fe por no tratarse de un derecho real; sin embargo tal enajenación habrá supuesto un incumplimiento por parte del vendedor de las prestaciones asumidas en el precontrato y que posibilitará a la otra parte (no cabe la denominación de retrayente en caso de incumplimiento por cuanto el retracto convencional personal no le permite en tal caso retraer), a exigir una indemnización en base al principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 del Código Civil: indemnización que será lo único que pueda conseguir al no ser pausable obtener del propietario la prestación ni que ésta sea

verificada a su cargo (100); la transmisión ya se ha producido hacia un tercero de buena fe y no es posible deshacerla.

ARECHEDERRA (101) asimila tal supuesto (aunque en el caso concreto del tanteo) a la doble venta, considerando que el criterio temporal establecido en el artículo 1.473 del Código Civil es decisivo en el momento de determinar en quien se produce el efecto adquisitivo y supone, a su juicio, la prelación del primer comprador sobre el compromiso personal del retrayente.

En cualquier caso, la configuración de estos derechos con carácter personal resulta un tanto inoperante, inútil completamente en el caso del retracto voluntario, porque no aprovechando los caracteres de exclusividad y reipersecutoriedad de un derecho real que posibilitan por otra parte lo que es razón de su existencia (la adquisición preferente sea quien sea la persona que haya adquirido), no ofrece otras ventajas.

Si poco frecuente es la creación de retracto voluntario con carácter real, aun menos lo ha de ser la de estos derechos con carácter personal.

## NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

- (1) GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XIX, Madrid 1.980, página 509.
- (2) RIAZA "El retracto, errores dominantes sobre la materia", Madrid 1.919, página 191.
- (3) RIAZA op. cit. página 192.
- (4) Revista General de Legislación y Jurisprudencia, LXXVII, 1.928, I (178- Retracto Convencional. Retroventa. Promesa de retroventa.), página 505 y siguientes.
- (5) DIEZ PICAZO "Fundamentos de Derecho Civil patrimonial", Tomo II, Madrid 1.986 páginas 72 y 73 y DIEZ PICAZO y GULLON "Sistema de Derecho Civil, Tomo III, Madrid 1.987, páginas 52 y 53.
- (6) Vid supra. Introducción, Apartado I.
- (7) GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español" (Reimpresión de la edición de Madrid 1.852) Zaragoza 1.974, página 760.
- (8) RIAZA op. cit. páginas 77, 79, 91 y 95.
- (9) NAVARRO AMANDI "Cuestionario del Código Civil reformado". Tomo IV, Madrid 1.891, página 242.
- (10) SCAEVOLA-BONET "Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial". Tomo XXIII, Madrid 1.970, página 358.
- (11) CASTAN "Derecho civil español común y foral". Tomo IV, Madrid 1.986, página 169.
- (12) HERNANDEZ GIL en su comentario a una Resolución de la

Dirección General de los Registros y del Notariado. Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.945. Jurisprudencia civil, página 704.

(13) BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código Civil español", Barcelona 1.952, páginas 244 y 248.

LALAGUNA "Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos", Madrid 1.978, página 95 y siguientes.

CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 10.

SANTOS BRIZ "Derecho Civil, teoría y práctica", Tomo II, Madrid 1.973, página 704.

(14) DIEZ PICAZO op. cit. páginas 72 y 73.

(15) DIEZ PICAZO Y GULLON op. cit. Tomo II. Madrid 1.981, página 377.

(16) ARECHEDERRA "Los derechos de tanteo y retracto convencional con carácter personal", Revista de Derecho Privado 1.980, página 125.

(17) BADENES GASSET "La preferencia adquisitiva en el Derecho español", Barcelona 1.958, página 33.

(18) PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho Civil" Tomo III, volumen 3, Barcelona 1.974, página 394.

(19) CAMY SANCHEZ CANETE "Comentarios a la legislación hipotecaria", volumen 1, Pamplona 1.982, página 145 y volumen 4, Pamplona 1.983, página 8.

(20) ROCA SASTRE "Derecho hipotecario" Tomo IV, volumen 1, Barcelona 1.968, página 479.

(21) ROCA SASTRE "Derecho hipotecario" op. cit. página 444.

(22) ALBALADEJO "Derecho civil", Tomo III, volumen 2, Barcelona

1.983, página 339 y Tomo II, volumen 2, Barcelona 1.982, página 74.

(23) O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho civil", Tomo II, volumen 2, Madrid 1.989, página 60.

(24) GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición", Revista de Derecho Privado, 1.976, página 121 y siguientes.

GARCIA CANTERO op. cit. página 506 y siguientes.

CAMY SANCHEZ CANETE op. cit. página 145. Para este autor de poder incluir este derecho entre los de adquisición sería más similar a la opción convencional que al retracto, porque sólo depende de la voluntad del optante/retrayente y porque el precio es conocido desde el principio.

(25) GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición" Revista de Derecho Privado 1.976. En la página 121 dice textualmente "un caso particular del derecho real de opción de origen negocial, es el designado por nuestro Código Civil, con el nombre clásico de retracto convencional".

(26) GARCIA AMIGO op. cit. página 121.

(27) GARCIA CANTERO op. cit. página 506.

(28) Vid supra. Introducción, Apartado II.

(29) DIEZ PICAZO "Fundamentos..." op. cit. volumen 2, página 72.

(30) PUIG BRUTAU op. cit. páginas 397 y 507.

(31) MEZQUITA DEL CACHO "El pacto de opción" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 1.951.

(32) SALDANA "La opción y el derecho de propiedad". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 1.928.

(33) ALBALADEJO op. cit. página 376.



(34) La resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 29 de Enero de 1.986, habla de un derecho de opción creado por las partes con carácter de derecho real inscribible.

(35) Vid supra. Introducción. Apartado II.

(36) PUIG BRUTAU op. cit. página 506.

(37) ROCA SASTRE op. cit. página 479.

(38) ALBALADEJO op. cit. página 377.

(39) DIEZ PICAZO "Fundamentos..." op. cit. volumen 1, página 219.

PUIG BRUTAU op. cit. páginas 512 y 513.

(40) GARCIA AMIGO op. cit. página 122.

GARCIA CANTERO op. cit. página 512

LACRUZ "Elementos de Derecho civil", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.980, página 260.

DEL MORAL Y LUNA "Los derechos reales de adquisición y el problema de su rango", Anales de la Academia Matritense y del Notariado. 1.954, página 360.

(41) Vid supra. Introducción. Apartado II.

(42) Vid supra. Apartado IV. 1(Derecho real de opción) de este Capítulo Primero.

(43) Esta exigencia, como ya se ha destacado en el mismo capítulo, proviene de la propia definición de los derechos y el negocio que los constituye.

(44) Vid supra. Introducción. Apartado II.

(45) RIAZA op. cit. página 121.

(46) GARCIA CANTERO op. cit. página 447.

(47) NAVARRO AMANDI op. cit. páginas 584-585.

(48) MANRESA "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil

reformada". Madrid 1.895, Tomo VI, página 84.

(49) MANRESA-BLOCH "Comentarios al Código Civil español", Tomo X, Madrid 1.969, página 374.

(50) CLEMENTE DE DIEGO "Derecho Civil español", Tomo I, Madrid 1.929, página 432, e Instituciones de Derecho Civil español", Tomo I, Madrid 1.959, página 515.

(51) CASTAN op. cit. página 156 y siguientes.

(52) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 355.

(53) BADENES GASSET op. cit. página 33.

(54) BORRELL Y SOLER op. cit. página 244.

(55) GARCIA CANTERO op. cit. página 580.

(56) Vid supra. Introducción. Apartado I.

(57) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 29.

O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III, Madrid 1.988, página 27.

(58) LACRUZ op. cit. página 258 y Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.988, páginas 16-17.

(59) SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho Civil" Tomo III, Madrid 1.900, página 588 y siguientes.

(60) RIAZA op. cit. páginas 333 a 342.

(61) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 8.

(62) BORRELL Y SOLER "Derecho civil vigente en Cataluña", Tomo III, Barcelona 1.944, página 325.

(63) FUENMAYOR "La revocación de la propiedad", Madrid 1.941, página 113.

(64) BADENES GASSET op. cit. página 31.

(65) Vid supra. Introducción. Apartado I.

(66) ENNECCERUS-LECHMANN "Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff", Tomo II, volumen 2, primera parte,

Barcelona 1.971, página 165.

(67) Vid. supra. Introducción. Apartado II.

(68) WOLFF "Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.971, página 146.

(69) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER en sus notas a Wolff. Derecho de cosas. "Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.971, página 154 y siguientes.

(70) POTHIER "Tratado de los contratos", Tomo II: "Tratado de los retractos y tratado del contrato de arrendamiento de renta" Buenos Aires 1.944, página 255.

(71) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 339.

(72) Vid supra. Introducción. Apartado II.

(73) GARCIA CANTERO op. cit. página 491.

(74) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, páginas 336 y 339.

(75) GARCIA AMIGO op. cit. página 105.

(76) PUIG BRUTAU op. cit. página 395.

(77) ARECHEDERRA op. cit. página 125.

(78) CAMY SANCHEZ CANETE op. cit. volumen 1, página 159 y volumen 4, página 191.

(79) Vid infra. Apartado "Caracteres" de este Capítulo.

(80) BORRELL Y SOLER op. cit. página 244.

(81) BORRELL Y SOLER op. cit. página 264.

(82) PUIG BRUTAU op. cit. página 394 y siguientes.

(83) RIAZA op. cit. página 192 y siguientes.

(84) GARCIA AMIGO op. cit. página 106 y siguientes.

(85) GARCIA AMIGO op. cit. página 106.

GARCIA CANTERO op. cit. página 540.

- O'CALLAGHAN op. cit. Tomo II, volumen 2, página 60.
- (36) RIAZA op. cit. páginas 195 y 245.
- (87) Vid infra. Capítulo Séptimo. Apartado VIII.
- (88) Vid supra. Introducción. Apartado I.
- (89) O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III, página 298.
- (90) GARCIA AMIGO op. cit. página 129 e Introducción. Apartado III.
- (91) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 487.
- (92) Vid supra. Introducción. Apartado II.
- (93) CAMY SANCHEZ CANETE op. cit. página 181 y siguientes.
- (94) ARECHEDERRA op. cit. página 124.
- (95) DEL MORAL Y LUNA op. cit. página 357.
- (96) Vid supra. Introducción. Apartado II.
- (97) ARECHEDERRA op. cit. página 124.
- (98) Vid infra. Capítulo Cuarto.
- (99) ARECHEDERRA op. cit. página 128.
- (100) ALBALADEJO op. cit. Tomo II, volumen 1, página 190 y siguientes.
- (101) ARECHEDERRA op. cit. página 134.

## CAPITULO SEGUNDO

### ANTECEDENTES DEL RETRACTO CONVENCIONAL

I.- REFERENCIA AL RETRACTO VOLUNTARIO

II.- LEVITICO

III.- DERECHO ROMANO

IV.- LAS PARTIDAS

V.- PROYECTO DE 1.851

## I.- REFERENCIA AL RETRACTO VOLUNTARIO

El estudio histórico del retracto se reduce al del retracto convencional, sin incluir el voluntario. La razón es obvia: éste último es sólo fruto de la época actual, habiendo sido estudiado por parte de la doctrina contemporánea y regulado por la reciente Compilación de Derecho Foral de Navarra de 1 de Marzo de 1.973.

El tantas veces denunciado error de denominación (1) incluyó el retracto voluntario en el convencional, convirtiéndolo en el paralelo negocial del retracto legal y olvidando la posibilidad de creación por las partes de un derecho real que atribuyera a una de ellas una preferencia de adquisición si la otra se decidía a enajenar la cosa de su propiedad. La nueva postura, influida "por el fenómeno de la "renaissance des retraits", y por el desarrollo doctrinal de la figura de los derechos reales de adquisición (2)", ha arraigado en la actualidad entre autores como GARCIA CANTERO, ALBALADEJO, GARCIA AMIGO, PUIG BRUTAU, CAMY SANCHEZ CANETE, ARECHEDERRA (3). Tampoco pueden olvidarse las referencias al mismo hechas, aunque de forma soslayada por SANCHEZ ROMAN (4), CASALS COLLDECARRERA (10), FUENMAYOR (11), y el propio RIAZA (12), quienes señalaban como rasgo caracterizador de este retracto voluntario -con respecto al retracto convencional- la presencia de un tercero que se subroga en el lugar del comprador y por tanto la necesidad de que el propietario enajene el objeto de su propiedad para que posibilite

su ejercicio.

## II.- LEVITICO

Los orígenes del retracto convencional se fijan por algunos autores (13) en la Biblia, concretamente en el capítulo 25, versículos 24 y siguientes del Levítico:

"En todo terreno de vuestra propiedad concedereis derecho a rescatar la tierra. Si se empobrece tu hermano y vende algo de su propiedad, su goel más cercano vendrá y rescatará lo vendido por su hermano. Si alguno no tiene goel, adquiere por sí mismo recursos suficientes para su rescate; calcule los años pasados desde la venta y devuelva al comprador la cantidad del tiempo que falta, así volverá a su propiedad. Pero si no halla lo suficiente para recuperarla, lo vendido quedará en poder del comprador hasta el año jubilar, y en el jubileo quedará libre; y el vendedor volverá a la posesión. Si uno vendiera su vivienda en ciudad amurallada, su derecho a rescatarla durará hasta que se cumpla el año de su venta; un año entero durará su derecho de rescate. En caso de no ser rescatada para él dentro de un año entero, la casa situada en ciudad amurallada quedará a perpetuidad para el comprador y sus descendientes y no quedará libre en su jubileo. Mas las casas de las aldeas sin murallas que las rodean serán tratadas como los campos del país: hay derecho de rescate y en el

año jubilar quedan libres. En cuanto a las ciudades de los levitas, los levitas tendrán siempre derecho de rescate sobre las casas de las ciudades de su propiedad. En el caso de que se aya de rescatar de mano de un levita lo vendido --una casa que es propiedad suya en la ciudad-- quedará libre en el jubileo; porque las casas de las ciudades de los levitas son de su propiedad en medio de los israelitas. No pueden vender los campos que rodean sus ciudades pues son su propiedad para siempre".

De los párrafos transcritos se puede deducir la existencia de tres supuestos distintos: en el campo y la casa en la ciudad no amurallada, la casa en ciudad amurallada y la casa de los levitas.

En el primer caso se observa un retracto legal a favor del pariente más cercano y un retracto convencional a favor del que empobrece pero puede luego adquirir recursos suficientes para su rescate. No se establece un límite, un tiempo máximo para poder ejercitar el retracto convencional, muy al contrario, se reconoce el derecho del vendedor a poseer la cosa en el año del jubileo ( cada 50 años se declaraba un año jubilar en el que cada uno podría recobrar la propiedad).

En el segundo caso, el de la vivienda en ciudad amurallada, se otorga también un derecho de retracto convencional pero limitado al plazo de un año y sin posibilidad de quedar libre en el año del jubileo.



En el tercer caso, se reconoce un derecho eterno de rescate a favor de los levitas.

Para RIAZA, sin embargo no se consagra el principio de libertad para pactar comprador y vendedor el derecho de retornar la cosa a poder de su primitivo dueño; la facultad que para resolver el contrato asiste al vendedor es reconocida por la propia ley, quien incluso da preferencia, según este autor, al derecho de retracto en favor de los parientes: "...vendrá el que tenga derecho, su pariente más cercano y rescatará lo vendido por su hermano. Si no tiene rescatador, que busque él con qué hacer el rescate..." (14).

La razón de establecer este derecho de rescate era evitar que se confundieran las tribus y las familias, limitar la codicia de los ricos, alentar al pobre con la esperanza de recuperar la cosa vendida, apartar a los judíos de las cosas caducas de la tierra recordándoles que todo era de Dios (15). Sin embargo, los anatemas de los profetas contra los ambiciosos de acumular tierras, y la ausencia de posteriores referencias a esta ley en la Biblia induce a los comentaristas bíblicos a pensar que esa disposición debió ser siempre letra muerta en Israel (16).

### III.- DERECHO ROMANO

Como ya se indicó en la INTRODUCCION al recoger los precedentes y el Derecho Comparado (17) de los derechos reales de adquisición aunque evidentemente no como tal categoría, sino como derechos individuales e independientes unos de otros, el retracto convencional tiene su origen en el pacto denominado "pactum de retrovendendum", cuyo significado no puede ser entendido si no se hace referencia, siquiera breve, al concepto de pacto general existente en el Derecho Romano.

IGLESIAS (18) los define como convenciones o cláusulas accesorias encaminadas a modificar el contenido normal de una relación obligatoria. Su diferencia con el contrato se encontraba en el hecho de que de ellos no surgían obligaciones -"obligationem non parit"-, de que eran convenciones sin interés recíproco que no producían un lazo civil obligatorio (19). El Digesto (20) decía: "De las convenciones del Derecho de Gentes, unas engendran acciones y otras excepciones. Las que engendran acciones no se llaman simplemente convenciones, sino que pasan a tener el nombre de un contrato".

Los contratos se hallaban protegidos por una acción, los pactos eran sancionados por una excepción (21).

Posteriormente, en la época postclásica, se atribuyó mayor fuerza a unos determinados pactos, distinguiéndose entre "pacta vestita" y "pacta nuda", aquellos producían unas obligaciones y aunque similares en todo a los contratos, no acabaron de incluirse dentro de la categoría contractual. Podían ser de tres

tipos:

-pactos adiecta: pactos agregados a un contrato y sancionados por la acción del contrato al que se agregan,

-pactos pretorios: se incluyen figuras pretorias sancionadas por acciones in factum (constitum, receptum arbitrii, receptum nautorum et cauponum, receptum argentariorum),

-pactos legitima: configurados por la ley imperial ( de dote, donación y compromiso ).

Y es dentro de la gran variedad de pacta adiecta, donde los autores (22) cifran la existencia del pacto de retrovendendum. Los pactos adiecta son pactos unidos a un contrato de buena fe cuyo cumplimiento es exigible por las acciones del contrato. Se les puede considerar como parte del contrato mismo del que obtienen la fuerza obligatoria (23); no son convenciones independientes, dicen ARIAS RAMOS y ARIAS BONET (24), sino acuerdos complementarios añadidos a un contrato para modificar sus resultados, bien en el sentido de paliar las obligaciones del deudor, bien para agravarlas. Estos pactos, para que sean realmente "adiecta", han de ser concluidos con ocasión de un contrato, como cláusulas de éste; los que se concluyen simplemente con ocasión de otros actos generadores de obligaciones no pueden ser considerados como "adiecta" en sentido estricto, así los concluidos en el momento de una traditio. Es más aunque el pacto por excelencia del Derecho Romano era el de

"nos petendo", al concluirse posteriormente al contrato, no cabe ser considerado entre los "adiecta" y difícilmente se le puede aplicar sus reglas.

Los pactos adiecta, al formar parte de un contrato principal, tenían un valor especial, en cuanto se unían estrechamente, aunque sin confusión, al mismo y eran sancionados por la protección de éste, por la acción de éste. Para SERAFINI (25) no siempre era así, debiendo distinguir entre los pactos que limitan la obligación y los que la extienden; aquellos sí gozan de la protección del contrato, pero éstos no, y sólo gozarán de eficacia de pleno, cuando se cumplan dos condiciones: que el contrato principal sea de buena fe y que el pacto accesorio se haya añadido en el momento de perfección del contrato principal.

VIARD (26) atribuye a estos pactos adiecta las reglas generales:

- prohibidos los que sean contrarios al orden público o las buenas costumbres (27),

- prohibidos los pactos en favor de terceros,

- iguales reglas de capacidad,

- la excepción de dolo es sanción suplementaria que completa la excepción del pacto.

Y se plantea tres problemas en relación a ellos:

- ¿cuales son ?,
- ¿ qué límites tienen ?,
- la nulidad de los pactos, ¿ implica la del contrato ?.

En cuanto a la primera cuestión distingue tres tipos de pactos adiecta, los añadidos a la estipulación -que sólo plantean el problema de la sanción con la práctica de cauciones, de actos escritos-, los añadidos al mutuo -acogidos en cuanto no sean contrarios a su naturaleza- y añadidos a los contratos de buena fe -mandato, venta, arrendamiento, sociedad, depósito, comodato-.

Por límites entiende que sólo existen dos: la buena fe y la naturaleza del contrato. Si por contravenirles o por cualquier otra razón, el pacto no es válido, sólo él deviene nulo, el contrato, perfecto sin él, subsiste, salvo si influye en las condiciones esenciales del contrato. Ulpiano lib 23 ad edictum, afirma que no sólomente son nulos sino que se les tiene por no puestos (28), Paulo, en lib 12, ad Sabinium, expresa la misma idea: "Usuris illicitas sorti mixtas ipsas tantum non debent constare cenerum sortem non vitiae").

\*

\*

\*

Como ya se ha señalado, entre estos pactos se encuentra el de retrovendendum o pacto de retro, si bien y en palabras de ARANGIO RUIZ (30) existen pocos textos que lo recojan, a diferencia de lo ocurrido con otros pactos existentes en Derecho Romano ( pactum displicentiae, pactum comisorio...).

MAYNZ (31) lo define como el pacto por el que el vendedor se reserva el derecho a recomprar la cosa vendida, sea al mismo precio, a otro determinado o por determinar. Para VIARD (32), el pacto de retro es el acuerdo por el que el vendedor se reserva el derecho que se tiene durante cierto tiempo, a recuperar la cosa vendida, devolviendo el precio recibido. MAYNZ (33) afirma que se trata por tanto de una revocación del derecho de propiedad, no "in rem" sin "in personam".

Se plantea la duda ARANGIO RUIZ (34) de saber si es un pacto añadido al contrato de compraventa, o por el contrario, una convención en si misma, y cuál sería en este caso la protección concedida por el Derecho; entiende que es un pacto de resolución y no una condición resolutoria. A juicio de VIARD (35) es un pacto de rescisión bajo condición y ello porque lo presenta como un pacto unido generalmente a una venta de prenda; el acreedor pignoraticio se reserva en favor de su deudor la posibilidad de recuperar el bien, reembolsando el precio (36). Se basa para ello en la expresión utilizada por MARCIANUS libro singulari, ad formulam hypothecariam (37). Marcianus se pregunta si el deudor puede recuperar un bien hipotecario si reembolsa el precio; sí, dice, pero habría de estar vendido con la cláusula "ut si intra

certum tempus a debitori pecunia soluta fuerit emptio rescindatos", y el tiempo no ha de haber pasado. La sanción del pacto tomaría, en este caso, un camino distinto: "si cum venderet creditor pignus convenient inter ipsum et emptorum ut, si solvent debitor pecuniam petui emptori liceret ei recipere rem suam" el deudor no podrá dirigirse rectamente contra el comprador, sino que por sus acciones de prenda podrá exigir al acreedor, vendedor, que le dé la acción de venta que tiene.

El pactum de retrovendendum se encontraba regulado en el Codex, 4,54, libro IV, de pactis inter emptores et venditorem compositis, 2: "Si fundum parentes tui ec lege vendiderunt ut sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent restitueretur teque parato satisfacere conditioni dictae heres emptori non paret, ut contractus fides servetur actio praescriptio verbis nel ex vendito sibi debetur habita ratione eorum, quae post oblatum ex pacto quantitatem ex eo fundo adversarium pervenerunt".

Aparece aquí el verdadero retracto convencional como facultad de rescisión pactada en el contrato de compraventa a favor del vendedor y sus herederos y contra el comprador o los suyos (40). No recoge, al igual que el pasaje del Levítico, limitación temporal alguna, si bien existe una diferencia con respecto al texto bíblico, pues mientras en éste el importe de los frutos que el comprador hubiere recibido de la cosa habían de deducirse del total capital que el vendedor recibió, sin tener en cuenta que si el comprador se aprovecho de los frutos, el vendedor lo hizo del

precio de la venta, en el Codex, sólo se tiene en cuenta los frutos de los que se beneficia el comprador a partir de la fecha en que el vendedor cumple o pretende cumplir la obligación que le incumbe para llegar a la resolución del objeto (41).

En cuanto a la posibilidad de exigirlo frente a terceros MAYNZ (42) sostiene que al tener el retracto convencional el carácter de pacto entre las partes, el vendedor no podría exigirlo de un tercero o evitar los "iura re aliena" establecidos sobre ellos, quedando a salvo el derecho de pedir daños e intereses al comprador. Para RIAZA (43) por el contrario la venta con pacto de retro podría deshacerse aun cuando la cosa hubiera sufrido ulteriores traspasos.

En el Digesto, 19,5,12 el retracto convencional aparece regulado como consistente en una condición resolutoria del contrato por la que el enajenante que no quisiera desprenderse definitivamente de la cosa, se le daba la oportunidad de volver a si lo transmitido, siempre que reembolse al adquirente el precio, y lo haga en un determinado plazo (44).

Para VIARD (45) el supuesto regulado en el Digesto no es realmente pacto de retrovendendo, porque en éste la única condición es que el vendedor ofrezca el precio recibido, mientras que aquí se exige además que no se produzca la separación del matrimonio: "Si el marido vendió a su mujer unos fundos y en la venta se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejare de ser mujer y él quisiere, se los



retransmitiese ella por el mismo precio, creo que ha de darse una acción por el hecho y ello ha de observar también respecto de otras personas".

BADENES GASSET (46), por otra parte, ve la regulación del retracto convencional en otra ley del Digesto, 25,7, 13: "ita nec talem efficere rem pignoratut ut gravis sit debitori ad recipiendum... alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere"; afirmando este autor el carácter perjudicial para la agricultura de este derecho por no tener término perentorio y poder el comprador repetir sólo los gastos necesarios y no los útiles, lo que provocaba que mientras la cosa estuviese en su poder, lo que podía prolongarse durante varios años, no hiciera ninguna mejora que al fin y al cabo no iba a poder recuperar.

#### IV.- LAS PARTIDAS

En el Derecho de Castilla el retracto convencional no se regula hasta la aparición de las Partidas que curiosamente no se ocupan del retracto gentilicio. La Ley 42, título 5º, de la Partida Quinta viene a dar una regulación en esencia idéntica a la de la Ley del Codex, si bien más ampliada (47).

Dice esta ley: "Por cierto precio vendiendo un ome a otro alguna cosa, poniendo tal pleyto entre sí en la vendida, que cuando quier que el vendedor o sus herederos tornasen el precio al comprador o a los suyos, que fueren tenidos de tornarle aquella cosa que así vendiere; decimos que si tal pleyto fuere puesto en la vendida que debe ser guardado; e si el comprador o sus herederos non quisiere guardar el pleyto, nin tornar la cosa assi como es sobredicho, si pena fuere puesta en el pleyto deuela pechar. E si el vendedor o sus herederos quisieran rescibir la pena, deuese partir de la cosa vendida, fueras ende si el pleyto fue puesto, que tornase la cosa, e pechase, la pena. E si la pena non fue puesta en el pleyto, entonces el comprador, es tenido de tornar la cosa en todas guissas, si es en su poder: e si en su poder non es deue pechar, el vendedor todos los daños, e los menoscabos, que le vinieron porque non tornó aquella cosa, que assi avia vendido" (48).

Como el Codex, esta ley no recoge limitación en el tiempo, siendo posible el ejercicio del derecho de retracto en tiempo indefinido. Sin embargo, no era aceptado pacíficamente el tenor literal de esta ley, existiendo entre la jurisprudencia y la doctrina una tendencia a restringir el periodo de ejercicio (sentencia de 7 de Abril de 1.866).

Entre los defensores del carácter perpetuo del retracto convencional se encontraba OTTO y CRESPO (49) quien argumentaba tal postura en base a la libertad de las partes, a lo recogido en el Levitico, a razones morales (esperanza de recobrar lo vendido

en momentos de estrechez ), de utilidad ( el comprador puede gozar de los frutos por menos dinero de su valor ) y de que no se trata del supuesto recogido en la Ley 63 de Toro, dado que la acción de retraer no está constituida para asegurar la deuda, sino como parte integrante de esa singular especie de contrato.

"Sólo una razón existiría para no devolver la cosa -continúa este autor-, la prescripción; pero para ello se requiere justo título y buena fe; el título niega al poseedor a carta de gracia toda suposición de dueño absoluto, puesto que en ese instrumento se encuentra consignada su obligación de restituir; y sobre todo, como la prescripción se ha admitido en castigo del propietario descuidado, no puede emplearse contra el vendedor bajo pacto de retro que enajenó la finca por dos terceras partes de su valor por estar en situación de desgracia; además con la reforma hipotecaria y registral no existiría el razonamiento dado para introducir la prescripción: la desaparición de escrituras públicas posteriores a la del contrato que le quitaran fuerza".

Los detractores de este carácter perpetuo del derecho de retracto basaban su postura en la Ley 63 de Toro, 5ª del título 82 del libro XI de la Novísima Recopilación, quienes establecieron la prescripción de las acciones personales en 20 años y las corroboradas con hipoteca en 30 años; como el resto de las acciones tenía un carácter prescriptible, también lo tenía el retracto, bien de 20, bien de 30 años según se le considerara con carácter personal o real.

A esta línea pertenece BENITO GUTIERREZ (50) para el que nos encontramos ante uno de los casos en los que la libertad ha de sacrificarse ante la justicia, por los inconvenientes que supone. Para él, el pacto de retro tiene una duración máxima.

En cuanto a la jurisprudencia entonces existente es de destacar cómo casi todas ellas entienden que el derecho de retracto, a pesar del silencio de las Partidas, pero en base a la Ley 5ª, título 8º, del libro XI de la Novísima Recopilación, ley 63 de Toro, es prescriptible, dependiendo el plazo de la prescripción de su concepción, personal o real del mismo. Aparecen así las sentencias de: 3 de Diciembre de 1864 (la considera real); 17 de Marzo de 1865 (para la que la acción prescribe a los 20 años por ser personal); 17 de Noviembre de 1865 (la prescripción consignada en la ley 5ª, libro XI de la Novísima Recopilación, 63 de Toro, alcanza a todas las acciones, tanto reales como personales o mixtas, por ser sus principios generales de alto interés público y social, aplicables a las disposiciones del Derecho Civil, y su principal objeto asegurar el dominio y la propiedad, que, de otro modo, podrían quedar en incierto por tiempo indefinido " y por tanto " la Ley 42, título 5º, Partida 5ª ha de subordinarse a las reglas comunes a la prescripción ); la de 12 de Diciembre de 1865 ( "...las acciones personales, reales y mixtas prescriben por el transcurso de 20 y 30 años; siendo la que se deriva del pacto de retro personal o personal e hipotecaria y por lo tanto mixta, es claro que prescribe por no haberse ejercitado durante el último término"); la de 30 de Diciembre de 1867...Es importante destacar que

incluso aquellas sentencias basadas, no en las Partidas sino en el Derecho Catalán (Usatges Omnes Causae comprendido en las Constituciones del Principado), afirman la prescripción del pacto de retro si no se ejercita en el plazo de 30 años, por ser las leyes de prescripción de Derecho Público y por tanto dictadas en interés general y social y para asegurar el dominio y la propiedad que siempre se hallarían en incierto, no poniéndose término a las reclamaciones, y no haberse excluido del precepto general las acciones referentes a la retroventa (sentencia de 30 de Diciembre de 1867).

#### V.- PROYECTO DEL CODIGO CIVIL DE 1.851

El retracto fue visto con recelo por el Proyecto del Código Civil de 1.851 en el que sólo se recogía el retracto convencional y el de comuneros. Durante el siglo XIX se había visto en estos derechos una carga o entorpecimiento para la circulación de la propiedad (51) lo que condujo a GARCIA GOYENA a intentar limitar todos los retractos que no tendieran a consolidar la propiedad condenando el retracto de tipo familiar: "Cada siglo tiene su espíritu y carácter especial: los antiguos fueros con este retracto, con la troncalidad y con los vínculos y los mayorazgos, tendrían la concentración de los bienes raíces en la familia, como única o la más principal riqueza entonces; la tendencia de nuestro siglo es a la desamortización, a la libre circulación, a

la libertad absoluta de disponer de sus casas. La riqueza comercial e industrial rivalizan si no superan a la territorial (52)".

Se recoge a continuación el contenido del articulado de este Proyecto en relación al retracto convencional, comparandose simultáneamente con la regulación actual.

- artículo 1.436: Define exactamente igual que el artículo 1.507 el retracto convencional, con la única diferencia del artículo al que se remite por no corresponder la numeración de éste con la de aquel Proyecto. A la vista del artículo GARCIA GOYENA (53) estima que al poder recuperar la cosa el vendedor, la propiedad no pasa irrevocablemente al comprador, quedando sometida a condición resolutoria.

- artículo 1.437: Aparece una primera diferencia al establecer este artículo una duración máxima para el retracto convencional de 4 años pudiendo establecerse otros plazos más cortos, pero nunca más largos dado que "el bien público no permite que prolongue por demasiado tiempo una incertidumbre que necesariamente ha de perjudicar a los intereses de la agricultura y el comercio" (54). En el vigente artículo 1.508 se establece ese mismo plazo de 4 años para los supuestos de no existencia de pacto expreso, limitando el plazo de diez años para el caso de que sí lo haya.

- artículo 1.438: Recoge igual que el artículo 1509 la

consecuencia de que el vendedor no cumpla con lo previsto sin necesidad de previo requerimiento por parte del comprador, por constituir éste un modo de eludir el espíritu del artículo anterior prolongando los plazos.

- artículo 1.439: El vendedor habrá de ejercitar su derecho en el modo estipulado, abonando al comprador, si lo hubiere lo que se tendría que abonar al primero como si la cosa continuase en su poder. GARCIA GOYENA (55) señala en ese sentido "si os he vendido la cosa en 100 y vos la vendisteis en 200, cumpliré con entregar 100 al segundo comprador: vos no habeis podido por vuestro propio derecho, agravar o dificultar mi derecho de retracto".

- artículo 1.440: Incorpora este artículo un párrafo inexistente en nuestro actual Código: "... y adquiere por prescripción, tanto contra el verdadero dueño, como contra los que pretenden tener derecho o hipoteca sobre la cosa vendida". GARCIA GOYENA (56) entiende que el comprador es un poseedor con justo título y buena fe con lo que no cabe negarle que pueda prescribir; sin embargo, ello es obvio para GARCIA CANTERO (57) por lo que considera innecesario hacerlo constar así.

- artículo 1.441: Para GARCIA GOYENA (58) la motivación de este artículo reside únicamente en el hecho de que los acreedores del vendedor deban buscar el pago de sus deudas en los bienes de éste antes de ejercitar el retracto, para no perjudicar el derecho que tiene el comprador de llegar a convertirse en

propietario irrevocable.

- artículo 1.442: Al igual que el actual 1.513, regula el supuesto del comprador con pacto de retro de una parte de finca indivisa.

- artículos 1.443, 1.444, 1.445 y 1.446: La acción de retracto, dice GARCIA GOYENA (59) es divisible siempre que lo sea la cosa vendida, por ejemplo una heredad, por tanto si ha sido vendido conjuntamente a muchos, o uno deja varios herederos, el retracto, deberá intentarse contra cada uno de ellos por su parte respectiva.

- artículo 1.447: Exactamente igual que el artículo 1.518, difiere sólo en la calificación de los pagos como legítimos y que GARCIA GOYENA (60) consideraba inútil de destacar.

- artículo 1.448: Difiere este artículo de su homólogo 1.519 al entender que el tiempo en el que se ha poseído la finca en el último año, se empieza a contar desde el aniversario de la celebración de la venta en lugar de desde la venta. En cualquier caso, GARCIA GOYENA (61) explica luego en sus comentarios que "el año no se ha de contar precisamente por el civil o el del calendario, sino por el natural de cosecha, según diversa especie de frutos" y ello porque el periodo de producción de los frutos suele ser anual pero no lo es necesariamente.

- artículo 1.449: "El vendedor vuelve a ser propietario de



la heredad con el mismo título que tenía antes de haberla vendido; él no la adquiere del comprador", lo que no parece pueda ser admitido a juicio de GARCIA CANTERO (62), dado que en la historia jurídica de la finca no cabe borrar como si nunca hubiere existido el periodo de tiempo en el que la cosa fue del comprador.

Si se conservan los arriendos de la finca, es en interés de los contrayentes y de la agricultura porque "hay arriendos que según la costumbre se hacen por periodos más largos, y sería difícil al comprador hallar arrendatarios sin la seguridad de que el arriendo va a subsistir aunque se ejercite el retracto; el propio vendedor tiene asimismo interés en hallarla arrendada tan bien como él habría podido arrendarla" (63).

## NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

- (1) RIAZA "Los retractos. Errores dominantes en la materia" Madrid 1.919, página 173 y siguientes, página 190.
- (2) GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XIX, Madrid 1.980, página 447.
- (3) GARCIA CANTERO op. cit. página 491.
- (4) ALBALADEJO "Derecho civil", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.983, páginas 336 y 339.
- (5) GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición". Revista de Derecho Privado 1.976, página 105.
- (6) PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil", tomo III, volumen 3, Barcelona 1.971, página 395.
- (7) CAMY SANCHEZ CANETE "Comentarios a la legislación hipotecaria", Tomo I, Pamplona 1.982, página 159, y Tomo IV, Pamplona 1.983, página 191.
- (8) ARECHEDERRA "Los derechos de tanteo y retracto convencional con carácter personal", Revista de Derecho Privado 1.980. página 125.
- (9) SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil", Tomo III, Madrid 1.900, página 588.
- (10) CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 8.
- (11) FUENMAYOR "La revocación de la propiedad", Madrid 1.941, página 113.
- (12) RIAZA op. cit. página 190.
- (13) GUTIERREZ FERNANDEZ "Retrotraer", Revista General de

Legislación y Jurisprudencia 1.878, Tomo 52, página 609, y "Códigos sobre el Derecho civil español", Madrid 1.886, página 402.

RIAZA op. cit. página 22.

BADENES GASSET "El contrato de compraventa", Tomo II, Barcelona 1.979, página 908.

(14) RIAZA op. cit. página 22.

(15) GUTIERREZ FERNANDEZ "Retrotraer", op. cit. página 402.

(16) Sagrada Biblia por Eloino Nácar Fustes y Alberto Colunga. Madrid 1.964, página 153.

Biblia de Jerusalem. Bilbao 1.977, página 139.

(17) Vid. supra. Introducción. Apartado III.

(18) IGLESIAS "Derecho romano. Instituciones de Derecho romano". Barcelona 1.983, página 474.

(19) MAYNZ "Cours de Droit romain", Tomo II, Paris 1.870, página 345.

(20) DIGESTO 2, 14, 7.

(21) DIGESTO Paulo sent 2, 14, 1: "Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur".

(22) MAYNZ op. cit. página 345.

SERAFINI "Derecho romano", Traducción de Trias, Madrid 1.927, página 172.

D'ORS "Elementos de Derecho privado romano", Pamplona 1.960, página 358.

IGLESIAS op. cit. página 444.

VIARD "Les pactes adjoints aux contrats", Roma 1.972.

(23) MAYNZ op. cit. página 345.

(24) ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET "Derecho romano", Tomo II, Madrid

1.974, página 641.

(25) SERAFINI op. cit. página 207.

(26) VIARD op. cit.

(27) PAUL libro 3, ad edictum.

DIGESTO 2, 14. De pactis 27; 3, Ulpiano, libro 29 ad Sabinum.

(28) DIGESTO 50, 17 De divers reg im ant 135: "Eo quae clari impossibilia sunt vel quae in rerum natura non sunt, pro non adiectis habentur".

(29) DIGESTO 22, 1. De Usuris 20.

(30) ARANGIO RUIZ "La compravendita in Diritto romano" Nápoles 1.954, página 403 y siguientes.

(31) MAYNZ op. cit. página 345.

(32) VIARD op. cit. página 8.

(33) MAYNZ op. cit. página 345.

(34) ARANGO RUIZ op. cit. página 8.

(35) VIARD op. cit. página 8.

(36) CODEX 20, 5, 7.

DIGESTO 13, 7, 13.

(37) CODEX 20, 5. De distraciones pignorum 7, 1.

(38) ULPIANO lib 38 ad edictum.

DIGESTO 13, 7. De pignoratitia actione vel contra, 13.

(39) ULPIANO "scripsit Iulianus et est rescriptum ub hanc conventionem pignoratitiis actionibus tenei creditorem ut debitori mandet ex vendito actionem adversus".

(40) RIAZA op. cit. página 23.

(41) RIAZA op. cit. página 24.

(42) MAYNZ op. cit. página 345.

(43) RIAZA op. cit. página 23.

(44) RIAZA op. cit. página 25.

CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 5 y siguientes.

(45) VIARD op. cit.

(46) BADENES GASSET op. cit. página 908.

(47) RIAZA op. cit. página 41.

BADENES GASSET op. cit. página 909.

(48) "LAS SIETE PARTIDAS" Glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, Madrid 1.974, página 30.

(49) OTTO CRESPO "Del retracto convencional" Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.862, Tomo 21, página 240 y siguientes.

(50) GUTIERREZ FERNANDEZ "Retrotraer" op. cit. página 609.

(51) ARECHEDERRA op. cit. página 126.

(52) GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español". (Reimpresión de la edición de Madrid 1.852) Zaragoza 1.974, página 767.

(53) GARCIA GOYENA op. cit. página 760.

(54) GARCIA GOYENA op. cit. página 761.

(55) GARCIA GOYENA op. cit. página 762.

(56) GARCIA GOYENA op. cit. página 762.

(57) GARCIA GOYENA op. cit. página 540.

(58) GARCIA GOYENA op. cit. página 762.

(59) GARCIA GOYENA op. cit. páginas 763 y 764.

(60) GARCIA GOYENA op. cit. página 764.

(61) GARCIA GOYENA op. cit. página 765.

(62) GARCIA CANTERO op. cit. página 575.

(63) GARCIA GOYENA op. cit. página 767.

### CAPITULO TERCERO

#### CONSTITUCION DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y DEL RETRACTO VOLUNTARIO

I.- REMISION AL APARTADO 6 DEL CAPITULO II DE LA INTRODUCCION  
Y AL APARTADO IV DE LA PRIMERA PARTE DEL CAPITULO PRIMERO

II.- CONSTITUCION DEL DERECHO DE OPCION

1. EN GENERAL

2. POSTURAS MANTENIDAS

A) Defensora de su creación por pacto

B) Partidaria de su carácter de contrato principal  
e independientes

C) Defensora de su creación mediante precontrato

3. CONSTRUCCIONES TEORICAS DEL PRECONTRATO

4. CREACION MEDIANTE PRECONTRATO DEL DERECHO DE OPCION

### III.- CONSTITUCION DEL RETRACTO CONVENCIONAL

1. PACTO DE CARACTER RESOLUTORIO

A) Doctrina

B) Jurisprudencia

C) Oposición a que sea una condición resolutoria

2. PACTO DE CARACTER SUSPENSIVO

3. DERECHO DE OPCION CREADO POR PRECONTRATO

### IV.- CONSTITUCION DEL RETRACTO VOLUNTARIO

I.- REMISION AL NUMERO 6 DEL APARTADO II DE LA INTRODUCCION Y  
AL APARTADO IV DE LA PRIMERA PARTE DEL CAPITULO PRIMERO

Ya se ha indicado como los derechos reales de adquisición pueden ser reducidos a dos únicos derechos, el de opción y el de tanteo, derechos atribuidores de una preferencia adquisitiva a su titular, derechos a través de los que éste puede convertirse en propietario de la cosa objeto de su derecho con independencia de la voluntad de terceras personas.

Se resaltó también y sobre todo en el apartado II de la INTRODUCCION, el diferente papel jugado por los deseos y actuación del propietario en ambos derechos, indiferente en el caso de la opción (y por tanto en el del retracto convencional), y determinante para su ejercicio en el caso del tanteo (entendido, como se ha señalado reiteradamente, como derecho comprensivo de los denominados derechos de tanteo y retracto).

En el derecho de opción, la función a desempeñar por la voluntad del titular de la cosa, es nula; creado el derecho de opción, el propietario poco o nada puede hacer, será el optante o el retrayente quienes ejerciten su derecho cuando y como deseen, sin que nada les pueda oponer aquel. El propietario sólo puede esperar a que el titular del derecho real de adquisición decida, en el plazo convenido o legalmente establecido, ejercitar su derecho y en consecuencia, adquirir el objeto del mismo.



Por el contrario, en el derecho de tanteo, la voluntad del propietario es importante, tanto que sin ella no se puede ejercitar este derecho real. Pero, el propietario no es quien determina el ejercicio del tanteo, por cuanto que éste sólo se produce cuando, además de producirse el hecho de que el propietario haya enajenado la cosa o se haya decidido a hacerlo, su titular desee adquirirla; lo que haga el propietario es determinante para que los titulares ejerzan su derecho, pero no para el ejercicio del mismo, dado que éste dependerá también de la voluntad de aquellos. Existiendo voluntad de enajenación del propietario, cabe el ejercicio del tanteo, existiendo simplemente voluntad de adquisición por parte de los titulares de éste, no cabe sino esperar a que el tan citado propietario lo posibilite.

En consecuencia, la preferencia adquisitiva que atribuye estos derechos es diferente. En el caso del derecho de opción, del retracto convencional (en sus dos vertientes, legal, voluntaria), sus titulares son preferentes a cualquier otra persona que quiera adquirir el objeto del mismo, esté determinado o no. Por el contrario, en el derecho de tanteo, la preferencia sólo se producirá con respecto a unas personas concretas aquellas con las que vaya a contratar o haya contratado el propietario, y en tanto en cuanto ofrezcan iguales o mejores condiciones que éstas; la preferencia adquisitiva en estos casos tiene, por tanto, como presupuesto no sólo la existencia de personas concretas interesadas en la adquisición, sino además que el propietario haya enajenado o haya decidido hacerlo y que se le ofrezcan las mismas condiciones que se le han ofrecido.

que ya haya aceptado.

\*

\*

\*

Centrando primero la atención en el retracto convencional, es necesario referirse al Capítulo Primero (1), donde se destacaron las similitudes entre el derecho de opción y el retracto convencional, destacando las referentes a:

- su naturaleza de derecho real de adquisición preferente,

- su posible ejercicio por la mera voluntad del titular (preferencia absoluta), y con independencia de la del propietario.

Tales similitudes llevan a algunos autores, como también se citaba entonces a definir el retracto convencional como el derecho de opción real de origen negocial, por el que se garantiza al titular la facultad de adquirir la cosa objeto de su derecho, sin que por ello juegue la voluntad de enajenar del propietario actual (2), o como "el derecho de adquisición preferente del tipo de la opción que deviene una opción típica de origen negocial (3).

Y en esa caracterización del retracto convencional como variante del derecho de opción, es preciso plantearse el modo de

constitución de éste último, para una vez determinado, observar su posible aplicación al retracto convencional.

Del retracto convencional se ha mantenido tradicionalmente una constitución debida a un pacto añadido a una compraventa pura que modifica sus efectos al posibilitar un "restituere"; explicándose así la denominación de pacto de retro dada simultáneamente a este derecho.

Este pacto, por sí mismo, carecería de fuerza de obligar en derecho, adquiriendo su validez jurídica precisamente al unirse con carácter accesorio a un contrato civil reconocido (4), es decir a un contrato típico. El derecho de retracto convencional, afirma BORRELL Y SOLER (5) nace de un pacto añadido autorizado por la libertad de contratación; al pactarlo las partes contratantes, añaden una modalidad a los efectos naturales del contrato en favor del vendedor que adquiere un derecho. SANTOS BRIZ (6) mantiene asimismo que es "un contrato puro con pacto de retro".

También para la creación del derecho de opción se ha hablado de un pacto añadido a un contrato de compraventa. MEZQUITA DEL CACHO (7) habla de un pacto o cláusula que adjunta a un contrato típico de perfección normalmente inmediata, altera en él dicha circunstancia produciendo una situación jurídica en la que el beneficiario pueda decidirse por la efectividad del negocio. Otros autores, como se destacará con más detalle, unen este pacto a una promesa, explicando en este sentido ROCA SASTRE (8) que

normalmente lo que se produce es una promesa de compraventa a la que se une un pacto de cláusula de opción en virtud del que tiene el derecho de decidir, a su libre arbitrio, si compra o no. BADENES GASSET (9) admite ambas posibilidades: pacto de opción acoplado bien a un contrato perfecto, bien a un precontrato.

No resulta sin embargo suficiente un análisis de lo mantenido tradicionalmente; es preciso profundizar en las distintas posturas mantenidas ante el modo de creación de ambos derechos de forma que sea posible mantener cual es o son sus formas de constitución, y a partir de ahí establecer otras semejanzas o diferencias entre el retracto convencional y la opción.

## II.- CONSTITUCION DE LA OPCION

### I. EN GENERAL

Tal como ya se ha apuntado (10) cabe en nuestro Ordenamiento dos tipos de opción en función de su origen: legal y convencional.

La opción legal es discutida aun hoy en muchos de los supuestos en los que se presenta por no aparecer en la mayor parte de ellos de modo claro e independiente, sino con matices y

caracteres de otras instituciones. Así, GARCIA AMIGO (11) señala como derecho de opción legal, el derecho de acceso a la propiedad mejorada por el arrendatario que lo sea en virtud de arrendamiento forzoso recogido por el artículo 164 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1.973, sin embargo, LACRUZ (12) lo califica de tanteo. Asimismo GARCIA AMIGO (13) hace referencia al caso del artículo 45 de esa misma ley, que para ALBALADEJO Y O'CALLAGHAN (14) tiene la naturaleza de un retracto.

Otro caso controvertido es el derecho de suscribir nuevas acciones regulado en el artículo 39.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951 (modificado por el artículo 95 de la Ley 19/89 de 25 de Julio de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea). GARCIA AMIGO (15) lo califica de opción legal, pero el hecho de que no se trate de enajenación obligatoria para el titular de las acciones sino que haya de esperarse a la enajenación de las mismas, conduce a GARCIA CANTERO (16) a entender que en realidad de lo que se trata es de un tanteo.

De cualquier modo, la constitución del derecho de opción en cada uno de esos supuestos, dependerá de lo que establezca su fuente creadora: la ley; será ésta quien determinará su funcionamiento y caracteres, sin que la voluntad de los que intervengan pueda tener efectos modificativos, salvo lógicamente su derecho de beneficiarse de los derechos que por ley les corresponden.

En el caso de la opción de origen voluntario o negocial, la situación es distinta, entre otras cosas porque la aceptación de su existencia goza de una mayor tradición.

Nacida del acuerdo entre las partes, creada para su conveniencia y obtención de sus intereses, surge el problema de articular el modo de creación. En este punto, es necesario sostener su creación mediante negocio jurídico, negocio jurídico que "mortis causa" por testamento no plantea mayores problemas, pero que "inter vivos " ha suscitado numerosas controversias.

## 2. POSTURAS MANTENIDAS

Tres han sido básicamente las teorías mantenidas en cuanto a su constitución:

A) La defensora de su creación por pacto o cláusula añadida a un contrato principal.

B) La partidaria de su carácter de contrato principal e independiente.

C) La que entiende que el derecho de opción surge de un precontrato.

A) Defensora de su creación por pacto.

Entiende esta postura que el derecho de opción se crea mediante un pacto añadido a una compraventa, alterando por ese medio, los efectos normales de ésta.

Así lo afirma ROCA SASTRE (17), si bien como más tarde se analiza influenciado por el erróneo concepto que mantiene sobre el precontrato. Tras negar que el negocio jurídico creador del derecho de opción es una oferta o propuesta irrevocable de un contrato por entender que la opción requiere dos voluntades concordantes en concluir un contrato de compraventa y no simplemente la manifestación jurídica de voluntad del propietario asumiendo el compromiso de mantener firme su ofrecimiento, y tras entender que tampoco puede surgir de un contrato preliminar, afirma su constitución mediante incorporación de un pacto al contrato de compraventa. Esa incorporación produce la modificación de la efectividad inmediata del contrato pues sólo mantiene irrevocable y vinculante la declaración de voluntad de vender y transforma en potestativa u opcional la voluntad de comprar.

Concluye afirmando que no cabe un contrato autónomo de opción porque es siempre algo anexo a una compraventa y aunque en realidad, haya un contrato de opción accesorio a uno de compraventa, se emplea el concepto de pacto para resaltar más la dependencia (18). Además sólo puede ser accesorio de la compraventa, porque aun en los casos de arrendamiento, por ejemplo, hay junto a este contrato de arrendamiento, uno de compraventa aletargado por la opción.

Partidario de esta postura es también MEZQUITA DEL CACHO (19), para el que la opción es un acuerdo añadido a un contrato que hace eventual la efectividad de su contenido y no su existencia que es perfectamente real desde el primer momento. No es más que un pacto o cláusula acoplada a otros contratos por el que se suspende la efectividad de los mismos. Para este autor el pacto que da lugar al derecho de opción, no puede ser un contrato principal por cuanto no es un contrato independiente, en tanto que siempre se ha de optar a algo y ese algo es el contenido de un contrato distinto; tampoco es un contrato no principal, porque no se limita a añadirse para resultar del conjunto todos los efectos propios del contrato más todos los del accesorio, sino que además, altera los efectos normales del contrato principal al que acompaña.

Siendo su carácter contractual algo indudable, concluye que es una cláusula que afecta a una consecuencia normal del contrato al que se une: la efectividad inmediata y por eso la define como "pacto o cláusula que adjunto a un contrato típico de perfección normalmente inmediata, altera en él dicha circunstancia, suspendiendo su efectividad hasta cierto plazo máximo de caducidad y produciendo interim una situación jurídica en la que una de las partes, beneficiaria de la opción, puede sin obligación alguna de hacerlo, decidirse por la efectividad del negocio, y la otra mientras, viene obligada a mantener el mismo, bien de modo absoluto (sin poder transmitir la cosa, o prestar el servicio u otorgar la ventaja objeto del contrato a otra persona: opción personal), bien de modo relativo, pudiendo transmitir a



otra la cosa gravada y vindicable a favor del beneficiario (opción real)".

Tras definir así el pacto de opción, MEZQUITA DEL CACHO (20) estudia sus elementos clasificándolos en personales, reales y formales:

- Personales: opcionista y optatario, cuya capacidad por tratarse la opción de un simple pacto o cláusula agregada a un contrato que es el que encierra la finalidad principal del negocio concertado, ha de ser la misma que la exigida para el contrato principal.

- Reales: . el objeto será el del contrato principal sin que quepa alterar sus cualidades específicas,

- . el precio ha de estar determinado,

- . el plazo ha de ser de corta duración.

- Formales: seguirá las normas marcadas para el contrato principal que se trate, sobre todo según se le den efectos personales o reales.

También SANCHEZ FONTANS (21) mantiene su carácter de pacto accesorio que se introduce en el iter formativo de un contrato.

BADENES GASSET (22), señala asimismo que es un simple pacto de cláusula de opción acoplada a un contrato perfecto o a un contrato de promesa o precontrato. Tanto el contrato como el

precontrato serán perfectos automáticamente, quedando pendientes del ejercicio de la opción.

B) Partidaria de su creación contractual.

Para esta postura, existe un contrato principal que da lugar a la constitución del derecho de opción y que se denomina contrato de opción.

OSSORIO Y GALLARDO (23) defiende la individualidad jurídica de este contrato, y también lo hace PUIG BRUTAU (24) quien configura la creación mediante contrato a través de su distinción con otras instituciones: oferta irrevocable, precontrato, contrato sometido a condición. De la oferta irrevocable porque la opción no nace de una iniciativa exclusivamente unilateral sino de un contrato, del precontrato porque no hay obligación de celebrar un futuro contrato, porque el concedente ya ha prestado el consentimiento necesario; del contrato pendiente de condición porque provoca el nacimiento del contrato definitivo en tanto que el condicional depende de la realización del acontecimiento incierto.

El carácter definitivo del contrato de opción encuentra defensor en SANTOS BRIZ (25) quien lo califica de contrato principal y unilateral, al crear sólo para el concedente la obligación de mantener su oferta; el adquirente del derecho de preferencia conoce desde que se perfecciona, el contrato de

opción, cómo y cuándo va a ser su derecho. Se trata dice, de un estadio intermedio entre el precontrato y el contrato definitivo cuya ejecución conduce la opción.

MENGUAL (26) afirma que se trata de un contrato real y personal bilateral y oneroso, nominado, consensual, real, principal y accesorio. Para lo que a este capítulo interesa -el carácter principal o no del contrato de opción- MENGUAL dice que puede revestir ambos caracteres: si no va unido a otro contrato regulando una situación jurídica después de elegida libremente, es principal; pero si sucede lo contrario, puede ser un contrato accesorio.

TORRES LANA (27) considera el contrato de opción como un contrato autónomo, con sustantividad y causa propias, que no sigue la suerte del contrato definitivo, determinando su propia especificidad, la independencia de su régimen de aquél que corresponde al contrato definitivo. El que necesite la referencia a otro contrato, porque siempre se opta por algo, es consecuencia, no de su accesoriedad, sino de su carácter preparatorio; es una accesoriedad funcional que no niega la autonomía del contrato de opción, sino que atiende a un hecho evidente, consecuencia lógica de su función y finalidad.

No cabe considerarlos conexos, continúa este autor, por la falta de coetaneidad existente entre ellos, en el momento de constituirse el contrato final, se extingue jurídicamente el otro, la opción (sentencia de 10 de Julio de 1.946, 7 de

Noviembre de 1.967: "la perfección de aquél negocio, compraventa, se produce desde el momento en que llega a conocimiento del concedente-vendedor la declaración unilateral por la que el optante exterioriza su voluntad de comprar la cosa...").

Caracteriza TORRES LANA el contrato de opción como un contrato consensual (se perfecciona por el mero consentimiento), aduciendo como argumento además la sentencia de 14 de Octubre de 1.974: "Para que exista el contrato de opción ha de existir un manifiesto acuerdo de voluntades entre las dos partes contratantes". Es también temporal ("no es imaginable sin un plazo para su ejercicio") (28).

Puede ser bilateral o unilateral, en función de que el beneficiario de la opción tenga que abonar una prima o no, como contraprestación (29). Puede ser también onerosa o gratuita en correspondencia con su carácter bilateral o unilateral.

Contra la postura mantenida por MEZQUITA señalando como elementos reales del contrato de opción, el objeto, el precio, y el plazo del contrato principal, sostiene TORRES LANA, la autonomía de los elementos reales de la opción, si bien no desconoce la interrelación con los del contrato definitivo; autonomía que permite subsanar los vicios que afectan a éste y no al de opción, permitiendo así obtener la finalidad perseguida desde el principio (30).

La sentencia de 29 de Febrero de 1.983 definió el contrato de

opción de compra diciendo que se rige por las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, precisando la mención específica del objeto sobre el que recae, del precio y de un plazo cierto para el ejercicio del derecho. Otras sentencias que se refieren al contrato de opción como independientes son 29 de Noviembre y 31 de Diciembre de 1.981, 18 de Febrero y 17 de Noviembre de 1.983.

C) partidaria de la constitución del derecho de opción mediante precontrato.

Así lo afirma BORRELL Y SOLER (31) al incluir el contrato de opción como un caso especial de promesa de venta, en el que el que realizó la oferta queda obligado a realizar la venta si el segundo acepta, existiendo un acuerdo de voluntades. Dice este autor, que son un tipo de precontrato cuya finalidad es llegar al otorgamiento definitivo de la compraventa que ambos contratantes se obligan a celebrar más adelante.

También señala su carácter preparatorio CASTAN (32), quien llega incluso a identificarlo con la promesa de vínculo unilateral. Dice CASTAN que entre las promesas hay que distinguir las de vínculo unilateral y las de vínculo bilateral; en aquellas, se obliga uno solo de los contratantes quedando al arbitrio del otro llegar o no a concluir el contrato definitivo, siendo el caso más frecuente el de promesa unilateral de venta conocida con el nombre de opción (33).

Para DIEZ PICAZO el precontrato de opción es aquel por el que una de las partes, atribuye a la otra un derecho que permite a éste último declarar dentro de un periodo de tiempo determinado, y unilateralmente la puesta en vigor de un contrato (34).

Sin embargo, para una mejor comprensión de esta tercera postura, y de las críticas por ella recibidas, es necesario fijar el concepto de precontrato del que se parte.

### 3. CONSTRUCCIONES TEORICAS DEL PRECONTRATO

Tres han sido las construcciones teóricas del precontrato:

Primera.- Considerarlo como un contrato de hacer cuyo objeto es un futuro contrato y en el que las partes se obligan a un hacer, a prestar posteriormente el consentimiento que dé vida al segundo. MORO LEDESMA (35) principal exponente de esta teoría, lo define como "contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte, integrarán los elementos del contrato principal que se proyecta".

Defendiendo su carácter práctico, MORO destaca la utilidad de esta institución en aquellos casos en los que las partes desean concluir un negocio que de momento no pueden o no quieren celebrar. En el precontrato, las partes se obligarán a celebrar

en el futuro ese contrato que les interesa y cuya validez estará supeditada a la expresión de los elementos esenciales del contrato principal.

El precontrato es una situación básica, una preparación del contrato principal que no existe todavía por cuanto es su celebración la obligación que han asumido las partes.

Al mantener este concepto de precontrato, MORO no admite que se califique como tal al derecho de opción; en ésta -dice (36)- el titular del derecho provoca la relación jurídica por su propia declaración sin que sea necesario pedir la conclusión de otro negocio, cosa que ocurre en el precontrato; el derecho de opción es para él, un derecho formador, de los configurados en la técnica suiza (Gestaltungsrecht).

Este concepto fue mantenido largo tiempo por el Tribunal Supremo con las consiguientes consecuencias en cuanto a la ejecución: el tribunal no podía obligar a la ejecución, sino en todo caso, a una indemnización por daños y perjuicios.

Segunda.- Entender que se trata de un contrato en el que se sientan las bases de un contrato posterior, de un contrato preparatorio.

En este sentido ROCA SASTRE, lo define como un contrato base en el que las partes prometen una actividad dirigida al desenvolvimiento necesario para la conclusión del contrato

definitivo proyectado (37).

No se trata de un contrato que prometa la celebración de otro en el futuro, pues el contrato definitivo existe ya, al menos en sus elementos básicos; en el precontrato, las partes establecen todo lo que configura la relación jurídica que quieren crear y que por cualquier causa no pueden o no les interesa hacer en ese momento; pero dado que ya está configurado en el precontrato, sólo tendrán que desarrollar esas bases establecidas para que la misma impere entre ellos, sin necesidad de nuevas declaraciones de voluntad; las partes se comprometen a desarrollar esas líneas generales que, por otro lado, no han de ser tan generales, pues deben ser suficientes para la determinación del contrato definitivo.

Como MORO, pero con mayor razón -dado el concepto de precontrato mantenido- ROCA SASTRE indica la necesidad de que aparezcan claramente los elementos del contrato posterior; se separa sin embargo de aquél al entender que la capacidad exigida para concluir el precontrato ha de ser la exigida para el contrato proyectado, mientras que para MORO era la necesaria para obligarse en general (38).

Ya se ha señalado que ROCA SASTRE no incluye en el precontrato el derecho de opción por considerarlo como nacido de un pacto añadido a una compraventa.

Tercera.- Entender el precontrato como fase o etapa del



"iter negocial".

Frente a las dos teorías citadas y frente a las posturas de ALGUER (39) contraria a la existencia del precontrato aduciendo que iguales efectos pueden conseguirse con otras figuras (contrato a término si se quiere aplazar la efectividad de un contrato con plena garantía; contrato con condición si se quiere que produzca efectos cuando ocurra un evento futuro; con cláusula penal si se quiere que dé lugar a un contrahere; opción si se quiere que tenga efectos cuando una parte así lo desee) y cuya obra fue para MEZQUITA (40) "la muerte del precontrato", DE CASTRO (41) formuló una magistral construcción de esta figura a la que prefería llamar promesa de contrato (42).

Para este autor el precontrato es el convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente) o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (exnunc) de un contrato por ellos proyectado".

Hablar de una obligación de contratar como sostiene MORO (43), es concentrar la atención en uno de los lados del mecanismo del precontrato: en la fase de preparación, separando con exceso las dos etapas. La obligación de hacer a la que esa construcción determina como objeto del precontrato es inútil y superficial, es un "circuitus inutilis", es un andamiaje inútil que sólo se ha mantenido por conservadurismo injustificado (44).

Hablar de unas bases a desenvolver, es situarse en el otro

lado del precontrato, en el contrato definitivo sin advertir la sustantividad de la etapa previa (45). Tampoco es por tanto satisfactoria la teoría de ROCA SASTRE, por entender que en los precontratos, el contrato proyectado se encuentra completamente desarrollado y no necesita otra cooperación que la de que una de las partes pida su cumplimiento y la otra no lo obstaculice (46). El desarrollo contractual del que habla ROCA SASTRE, es para este autor, un desenvolvimiento jurídico que exige un nuevo consentimiento contractual.

El precontrato es un contrato completo en sí mismo, creador de una relación entre las partes cuyos efectos se postponen al momento que una de ellas o las dos elijan; no hay que celebrar un nuevo contrato, sólo exigir la puesta en vigor de uno proyectado; prometer la venta de esta cosa por tal precio, durante tanto tiempo, si al que se le hace la promesa le conviene o quiere comprar, hace superfluo un nuevo consentimiento sobre el objeto y causa del contrato (47).

Tiene pues carácter de figura jurídica independiente en la etapa previa, creando inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes con propia causa, del que nace la peculiar facultad de poner en funcionamiento al proyectado contrato (48).

El concepto de DE CASTRO ha sido básicamente defendido por DIEZ PICAZO (49) al considerarlo como una figura jurídica independiente que produce la creación de un vínculo jurídico obligatorio entre las partes, del que nace la facultad en favor

de una de ellas o de ambas de poner en vigor el contrato proyectado, y que en caso de incumplimiento faculta a exigir el cumplimiento del contrato definitivo.

También en esta línea, a pesar de que por su definición pudiera parecer ser más partidario de MORO, LACRUZ (50) dice que es cualquier promesa recíproca o unilateral aceptada, por la que el promitente se obliga a celebrar un contrato en tiempo futuro, a lo que añade que lo que se pretende por las partes al utilizar esta figura es "que el contrato prometido tenga vigor en el futuro".

LALAGUNA (51) es asimismo seguidor de esta postura que concibe al precontrato (promesa de contrato para él), como parte de un complejo proceso negocial, en el que existe un solo contrato, porque la promesa determina una situación jurídica de pendencia que se resolverá mediante el ejercicio de la facultad unilateral atribuida a los contratantes para exigir el cumplimiento del contrato.

Para O'CALLAGHAN, el precontrato no es sino una primera fase del iter contractus; la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y, en un momento posterior, -continúa diciendo- ambas partes de acuerdo, o por exigencias de una de ellas, se pone en vigor el contrato preparado (52).

\*

\*

\*

Cabe ahora referirse a las manifestaciones reales de esta figura del precontrato, evitando con ello la famosa afirmación utilizada por ALGUER en su crítica del precontrato: "nadie ha visto aun un precontrato como objeto vivo ante sus ojos" (53).

DE CASTRO (54) señala que todos los contratos pueden ser objeto de promesa, siendo los más corrientes en la práctica: la venta, la cesión, el arrendamiento, la constitución de derechos reales, el compromiso y la constitución de sociedad.

También para LACRUZ (55) el precontrato ha de ser contemplado como una figura genérica, siendo muy numerosas sus clases, así la promesa de compraventa, de hipoteca, de censo y de contrato de opción.

ROMAN GARCIA (56) en un profundo estudio sobre el precontrato, analiza cómo se presenta en la práctica a través de una serie de especies típicas o atípicas, considerando como más importante el precontrato de compraventa, el de prenda, el de hipoteca, de préstamo, de censo, de sociedad y de arbitraje:

a) Precontrato de compraventa: recogido en el artículo 1.451 del Código Civil como promesa bilateral de compraventa, es considerada por MORO (57) y ROCA SASTRE (58) desde sus respectivas posturas, como una de las especies más comunes del mismo. Para ROMAN GARCIA "es una especial figura de naturaleza contractual distinta e independiente del contrato de compraventa, en relación al que puede ser una primera fase negocial que

determinará su perfección posterior como contrato principal"; encuentra apoyo jurisprudencial para esta postura en sentencias de 11 de Noviembre de 1.943, 10 de Marzo de 1.966, 28 de Febrero de 1.979, 25 de Enero de 1.980.

Mantiene este autor que cabe incluir también en el ámbito del artículo 1.451, junto al precontrato de compraventa, a las promesas unilaterales de compra o de venta aceptadas que determinan el nacimiento del derecho de opción, pero a las que no cabe considerar como precontratos, sino como contratos de opción, con su propio significado jurídico y su particular autonomía que impide considerarlas como una etapa del iter negocial, al agotarse en sí mismas, bien mediante el cumplimiento que supone la celebración de otro contrato, bien por el incumplimiento. Por el contrario la promesa bilateral de compraventa crea un vínculo jurídico orientado a la conclusión de un contrato de compraventa que las partes no pueden o no quieren otorgar en este momento.

b) Precontrato de préstamo y de hipoteca: recogidos en el artículo 1.862 del Código Civil son una vía especial de preconstitución de garantía en los que se establece el compromiso de dar efectivamente esa garantía real.

c) Precontrato de censo: su utilidad es para este autor, muy importante y de enorme trascendencia práctica si se repara en que la enfiteusis temporal puede ser un medio para la concesión de terrenos incultos a los particulares por medio del Estado (59).

d) Precontrato de sociedad: es necesario distinguir, según ROMAN GARCIA, el contrato de creación de una sociedad, del precontrato de sociedad en que las partes se vinculan para la constitución en un momento futuro de una sociedad, mediante la conclusión definitiva del oportuno contrato (60).

f) Precontrato de arbitraje: sería la cláusula compromisaria que precede al compromiso para el caso de que existiera alguna divergencia en el entendimiento de los extremos del negocio. Su existencia independiente está reconocida en la propia Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 5 de Diciembre de 1.988, al configurarla como una institución jurídica y más sencilla que el contrato de compromiso, cuya eficacia se materializará en la posibilidad de obtener del órgano jurisdiccional la formalización del compromiso ante el incumplimiento de alguna de las partes. Esta misma calificación la recibe DIEZ PICAZO (61) y ALBALADEJO (62); estableciendo éste último algunos requisitos para su validez (capacidad general para contratar de las partes, fijación de los puntos básicos de la materia a la que se refiere el arbitraje, que, por otra parte, ha de ser apta para que los árbitros dictaminen sobre ella.

#### 4. CREACION MEDIANTE PRECONTRATO DEL DERECHO DE OPCION

Delimitado el concepto de precontrato y las manifestaciones del mismo en nuestro Ordenamiento, hay que retornar al punto de

partida con el fin de concluir si la creación del derecho de opción se debe o no a un precontrato.

La opción es un derecho real ( así lo recoge la sentencia de 30 de Noviembre de 1.988 -Actualidad Civil 309/89) de adquisición y por tanto supone la facultad de su titular de adquirir la cosa objeto del mismo con preferencia a cualquier otro, y en el caso concreto de la opción, la adquisición se produce además con total independencia de la voluntad del propietario, siendo necesario sólomente el deseo del optante de que la cosa pase a su patrimonio. Al tratarse de un derecho a adquirir las posibilidades de ser creado por un precontrato se reducen a que éste sea un precontrato de compraventa. Ello no significa que este precontrato no pueda acompañar a otros contratos, y así cuando en un contrato de arrendamiento se establece un derecho de opción, lo que hay no es un precontrato de arrendamiento, sino un contrato de arrendamiento al que se une un precontrato de compraventa, porque como muy bien señala ROCA SASTRE, -aunque considerándolo como pacto-, "sólo puede ser accesorio de la compraventa porque aun en los casos de arrendamiento por ejemplo, lo que hay además del contrato de arrendamiento, es uno de compraventa aletargado por la opción" (63).

Corresponde pues analizar la posibilidad de constitución del derecho de opción mediante precontrato de compraventa.

Algunos autores niegan tal posibilidad; sin embargo, es necesario distinguir cuáles son las razones de esa negativa.

MORO y ROCA SASTRE (64) por ejemplo no admiten que el derecho de opción sea creado por precontrato debido a su particular concepción del mismo que, evidentemente no se corresponde con la del derecho de opción. Así MORO dice que el titular no tiene que solicitar la conclusión del negocio como ocurre en el precontrato (65). Eso mismo argumenta FUEYO (66) distinguiendo entre promesa unilateral y opción aduciendo que aquella es un compromiso asumido por uno de los contratantes y aceptado por el otro de llegar a la conclusión de un negocio futuro, siendo su efecto fundamental producir una obligación de hacer que determina necesariamente una nueva manifestación de voluntad, en tanto que la opción supone una obligación de contratar que hace innecesaria cualquier ulterior manifestación porque es suficiente la aceptación del optante.

También MEZQUITA DEL CACHO (67) hace referencia a esa diferencia: "la opción no es un precontrato porque no es un acuerdo precedente a un contrato, sino un acuerdo añadido a un contrato y hace eventual la efectividad de su contenido, no su existencia que es perfectamente real desde el primer momento".

TORRES LANA (68) defensor de la independencia del contrato de opción mantiene su carácter preparatorio afirmando que "no es un contrato preliminar por entender que el preliminar implica la obligación del contrato llamado definitivo para lo que es necesario una nueva manifestación de voluntad de ambas partes; en tanto que para hacer eficaz la opción, basta la declaración del destinatario, por estar la del promitente ya manifestada y ser



irrevocable". En el precontrato, continúa este autor, la vinculación de ambas partes se halla en la misma fase, mientras que en la opción, tiene lugar un desdoblamiento en fases distintas. El contrato de opción, dice, es autónomo, con sustantividad propia -en contra de lo mantenido por quienes lo consideran como elemento meramente modalizador de un contrato (69)- simultáneamente preparatorio de un contrato definitivo.

Y si alguna duda hubiera de que, a pesar de todo, fuera un precontrato, arguye que sólo habría que ver que éste es siempre bilateral (la promesa de compra y venta del artículo 1.451), y la opción es unilateral; cosa que tampoco permitiría configurarla como promesa unilateral de venta porque ésta no es un contrato (sólo existe una declaración de voluntad, de considerar que la aceptación es una declaración concurrente, habrá promesa bilateral), y el contrato de opción, sí (supone un cruce de declaraciones de voluntad que forman el consentimiento).

En el caso de que la opción fuera bilateral (por ser con prima) principal problema que se le plantea a su postura, dice TORRES LANA, que se volvería al principio de la argumentación: la opción, aun siendo bilateral, no es un contrato preliminar porque no requiere una declaración de voluntad nueva.

\*

\*

\*

ROMAN GARCIA (70), partiendo de la concepción de precontrato mantenida por DE CASTRO, forma parte de un segundo grupo de autores que niegan el que la opción se constituya por precontrato, si bien basándose en motivos distintos a los anteriores; aquellos partían de un equivocado concepto de precontrato, éstos de entender fuera de tal institución a la promesa unilateral.

ROMAN mantiene la coincidencia entre el contrato de opción y la promesa unilateral de venta (71), pero no configura aquél como precontrato por entender que la promesa unilateral de venta no está incluida en el artículo 1.451, regulador del precontrato de compraventa. La promesa unilateral -dice (72)-, tiene su propio significado jurídico y su particular autonomía, por lo que no puede concebirse como una etapa del iter negocial, puesto que se agota en sí misma por el cumplimiento o por el incumplimiento. El negocio tiene una causa jurídica propia. Es un contrato unilateral porque el titular de la opción puede dejar que caduque si no le interesa su ejercicio y el propio oferente puede también incumplir su compromiso enajenando la cosa objeto de este contrato, en favor de un tercero, antes del ejercicio del derecho de opción.

El carácter unilateral de la opción que le diferencia de la promesa de compraventa es apoyada en numerosa jurisprudencia: 31 de Enero de 1.921, 23 de Marzo de 1.945, 18 de Enero de 1.947, 22 de Junio de 1.966, 28 de Mayo de 1.976...(jurisprudencia que también utiliza TORRES LANA (73) en su argumentación para

diferenciarlo del precontrato). La primera de las sentencias citadas dice expresamente: "se está ante un contrato de opción porque no eran las dos partes las que se obligaban a realizar la operación, sino únicamente el presunto vendedor que se ligaba mediante una contribución concedida al comprador por la que le otorgó la facultad exclusiva de adquirir la finca". La sentencia de 23 de Marzo de 1.945 por su parte afirmaba que "está fuera de dudas que la bilateralidad constituye su carácter común y puede por ello conducir a la resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, al paso que la opción aparte de su carácter preparatorio y consensual, es generalmente de condición unilateral". Con el mismo criterio aparece la sentencia de 18 de Enero de 1.947 al indicar que "la bilateralidad constituye la característica común de la promesa de venta...en cambio la opción, es generalmente de condición unilateral..., sometiendo aquella al régimen específico del artículo 1.451 del Código Civil y la opción a la regulación de las disposiciones relativas a obligaciones y contratos".

En el precontrato concluye (74), las partes intervinientes aparecen equiparadas en cuanto que tienen obligaciones recíprocas hacia la posterior conclusión del contrato definitivo proyectado, mientras que en el caso del contrato de opción, el optante está vinculado, pero el beneficiario queda en libertad para dejar perfeccionado el contrato o para desistir de hacerlo. Por otra parte, la opción es un contrato perfecto, en tanto que el precontrato es una etapa negocial de un negocio más amplio y

complejo.

\*

\*

\*

Por último, una tercera postura es la que mantiene la identidad del contrato de opción con la promesa de venta unilateral y entendiendo ésta como un tipo de precontrato de compraventa, concluyen con la afirmación que el derecho de opción es creado mediante precontrato de compraventa.

DE CASTRO (75) comienza por afirmar que por antecedentes históricos, jurisprudenciales, anteriores y posteriores al Código Civil, y el tenor literal del artículo 1.451, cabe incluir en éste la promesa unilateral.

La confusión proviene de que el 1451 no distingue claramente los dos momentos en que puede encontrarse la promesa. Después de quedar perfecta la promesa y antes de exigirse su cumplimiento, si se trata de promesa unilateral hay promesa de compraventa, pero también, aun siendo bilateral, no puede hablarse de una promesa de compra y venta sino de una promesa de compra por una parte, y una promesa de venta por otra, por lo que se ejercitará normalmente la promesa de compra o la de venta. Exigido el cumplimiento, ambos contratantes tendrán derecho para reclamarselo recíprocamente.

La diferencia entre una promesa y otra radica en la causa: en la bilateral, la respectiva concesión de la facultad de pedir el cumplimiento del contrato proyectado; en la unilateral, como contraprestación a la facultad concedida, habrá de figurar el pago de una prima, el cumplimiento de una obligación, o bien tendrá carácter gratuito.

Establecido el carácter de precontrato de la promesa de venta DE CASTRO (76) afirma que la opción puede considerarse como promesa unilateral de venta; los términos de opción y precontrato no son distintos: es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción, y la misma promesa bilateral de contrato en nada se diferencia de la opción. Si se ha divulgado el nombre de opción, es sólo "porque permite seguir utilizando eficazmente la vieja figura de la promesa de contrato sin el lastre de confusionismo y perjuicios que se habían unido al antiguo nombre de pactum de contrahendo".

Esta postura de DE CASTRO ha sido recogida fundamentalmente por LALAGUNA y GARCIA CANTERO (77). Aquel señala que la promesa de venta unilateral y el contrato de opción son una misma cosa, ya que la estructura de éste, tal y como se contempla en la regulación del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, es exactamente la misma que la de aquel. Para GARCIA CANTERO el aceptante en la promesa unilateral de venta, goza de una facultad que bien puede calificarse de opción, en principio de efectos obligacionales, pero que por voluntad de ambos puede alcanzar efectos reales al amparo del artículo 14 del Reglamento

Hipotecario. También CAMY SANCHEZ-CANETE (79) define la opción como "una promesa unilateral, vinculante erga omnes, de vender una cosa determinada por un precio también determinado, que se perfecciona mediante la aceptación por parte del titular del derecho en el momento que lo manifiesta.

También O'CALLAGHAN recoge asimismo esta forma de concebir la opción calificándola como el más típico precontrato unilateral (80) y definiéndolo con DIEZ PICAZO como aquel por el que una de las partes atribuye a la otra un derecho que permite a éste último decidir dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un determinado contrato (81).

Así pues y siguiendo la postura de DE CASTRO, cabe afirmar que el derecho de opción es creado mediante un precontrato en el que las partes determinan por completo su relación sin que sea necesario una nueva declaración de voluntad de los mismos, bastando con que el optante exprese su deseo de adquirir la cosa objeto del precontrato y por tanto ejercite su derecho de opción.

También adhiriéndonos al citado autor, puede mantenerse la inclusión en el artículo 1.451 del Código Civil, tanto de la promesa de venta unilateral como de la bilateral; en ésta, ambas partes quedan recíprocamente obligadas, pudiendo cualquiera de ellas, exigir el cumplimiento del contrato ya realizado; en la

unilateral, sólo una parte queda obligada, mientras que la otra disfruta de la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado que le faculta a la adquisición de la cosa con independencia de lo que en ese instante quiera el propietario y de lo que ofrezcan por la misma terceras personas.

Estando ambas promesas, bilateral y unilateral incluídas en el artículo 1.451, tal y como entiende DE CASTRO, sólo ésta última concede un derecho de opción. Por aquella, ambas partes se facultan a exigirse el cumplimiento de sus obligaciones, por ésta sólo una se obliga en tanto que la otra queda facultada a su exigencia, siendo esta parte la titular de un derecho de adquirir, un derecho que le permite optar a la adquisición de una cosa dependiendo únicamente de su voluntad, una vez celebrado el precontrato.

Si las partes buscan una mayor eficacia, una mayor seguridad, podrán establecer que ese derecho de opción constituido por precontrato, sea un derecho real, dando lugar así a un derecho real de adquisición en base a la admisión por nuestro ordenamiento del "numerus apertus" en cuanto a libre creación de derechos reales.

### III.- CONSTITUCION DEL RETRACTO CONVENCIONAL

## 1. PACTO DE CARACTER RESOLUTORIO

Siguiendo los objetivos fijados al principio de este Capítulo, y, una vez establecido el modo de constitución del derecho de opción como un precontrato, es preciso preguntarse ahora por el del retracto convencional.

Como se señalaba también entonces, las similitudes existentes entre el derecho de opción y el retracto convencional parecen reflejar la identidad de ambos derechos, identidad sólo "dificultada" por la forzosa referencia a una compraventa anterior que existe en el retracto convencional y no en el derecho de opción.

Esa necesaria referencia a un contrato de compraventa, unida a la regulación que del retracto convencional hace el Código Civil (artículo 1.506), han provocado la tradicional caracterización de este derecho como condición resolutoria constituida por un pacto que, unido a un contrato de compraventa, modificaba los efectos normales de éste, entendiendo que la condición resolutoria era potestativa, expresa, y consistente en hacer (sentencia de 28 de Mayo de 1.957).

La accesoriedad a un contrato de compraventa hacía impensable que el retracto convencional se constituyera por algo diferente a un pacto, tanto más cuanto se consideraba que este derecho no venía a crear nada sino a destruir lo ya creado.



En este orden de cosas, resulta absolutamente necesario hacer una referencia al carácter resolutorio con el que se ha calificado esta institución y que ya se mencionó en el Capítulo Primero al estudiar el concepto de retracto convencional.

A) Doctrina

GARCIA GOYENA (82) en su comentario al antiguo artículo 1.436, precedente en el Proyecto de 1.851 del actual artículo 1.507 del Código Civil decía "que la compraventa queda sujeta a una condición resolutoria con los efectos del artículo 1.041 y los demás que se hubiesen pactado", añadiendo que "esta cláusula o pacto que suele llamarse de retroventa o carta de gracia... envuelve una condición resolutoria.

En parecidos términos se expresan ROYO y MURCIANO (83), BENITO GUTIERREZ (84) y ALCUBILLA (85), en cuyas afirmaciones se denota la falta de diferenciación entre el retracto convencional como derecho y el pacto de retroventa, que, en su opinión, crea o da lugar a aquel, hablando indistintamente de uno y otro.

SANCHEZ ROMAN, por el contrario distingue entre retracto convencional y pacto de retroventa, si bien le da a aquel un concepto completamente distinto, más cercano al retracto voluntario que al retracto convencional, al entender que éste es un derecho a favor de personas distintas a las que celebraron el contrato de compraventa; en cuanto al pacto de retroventa, dice que es un "pacto resolutorio o rescisorio nacido de

condición de la misma clase, estipulado en el contrato" (86).

También RIAZA considera al retracto convencional como condición resolutoria del contrato de compraventa, afirmando además que este derecho es el paralelo convencional del retracto legal que constituye el derecho de rescisión regulado en el artículo 1.295 del Código Civil; aparentemente existe una contradicción en las palabras de RIAZA que habla de un paralelismo entre dos derechos productores, a su juicio, de dos efectos diferentes, como son la resolución y la rescisión, sin embargo, este autor atribuye el mismo contenido a la resolución que a la rescisión, y así tras caracterizar el retracto convencional como condición resolutoria (87), modo especial y sui generis de resolución de la compraventa (88), considera que en la reforma de la que tendría que ser objeto el Código Civil, el concepto de retracto habría de incluir "los casos de verdadera rescisión concedida por la ley, y a continuación aquellas otras rescisiones que se lleven a cabo por obra de un derecho que para romper el contrato se reservó un contratante y aceptó el otro" (89), atribuyendo al retracto el efecto de "rescisión del contrato, devolviéndose recíprocamente las partes aquello que hubieren recibido".

En la misma línea de resolución, pero aludiendo a la existencia de un nuevo contrato de retroventa, se encuentra el comentario existente en la sección de Consultas de la Revista General de Legislación y jurisprudencia de 1.928 al definirlo como "convención que al efectuarse encarna un contrato de

retroventa que produce la resolución del contrato de venta anterior" (90).

CASTAN al referirse al negocio creador del retracto convencional al que evidentemente no considera derecho real de adquisición, sino derecho de recuperar lo vendido, resolviendo la compraventa celebrada, habla de "venta a carta de gracia" caracterizándola de venta con condición resolutoria que depende del libre arbitrio del vendedor" (91).

También HERNANDEZ GIL ve en el retracto convencional una condición resolutoria y en su comentario a la sentencia de 23 de Mayo de 1.944 (92), afirma que el pacto se incorpora al contrato de compraventa, entrecruzándose las obligaciones que de él se derivan con las de ésta; es una verdadera condición resolutoria a cuyo cumplimiento se subordina la cesación de los efectos transmisivos logrados por el contrato. Los efectos resolutivos se superponen a los adquisitivos, si se dan éstos es sólo en cuanto consecuencia de una resolución. Diferencia que le separa con el compromiso de volver a vender, obligación autónoma, nuevo contrato que reúne las características del precontrato por cuanto va dirigido a una readquisición y no a una resolución.

Se observa en estas afirmaciones de HERNANDEZ GIL la postura tradicional existente ante el retracto convencional a que se hacía referencia en el CAPITULO Primero (93), postura más inclinada a observar los efectos producidos por el ejercicio del retracto convencional en la compraventa celebrada, calificándolos de resolutorios, que a comprender el doble objetivo perseguido

por el retracto convencional: de un lado comprar y de otro la de reservarse la posibilidad de adquirir en el futuro lo que en un primer momento es objeto de transmisión.

Para BORRELL y SOLER el retracto convencional nace de un pacto añadido a una compraventa, llamado de retro, que puede añadirse como accesorio al otorgar un contrato de compraventa, (94), formando parte de esa línea de autores que "confunden" parte de los efectos que produce el retracto convencional, con el modo de constitución e incluso con el propio concepto de este derecho.

Lo mismo ocurre con BONET RAMON, para el que el retracto convencional representa la cláusula resolutoria bajo la que fue pactada la venta (95).

Dentro de esta postura se encuadra también BADENES GASSET en cuya obra aparece distinguida la naturaleza jurídica del negocio que crea el derecho de retraer y la naturaleza jurídica del derecho que se le concede al vendedor (96). A éste lo configura como un derecho de readquisición y a aquel como una compraventa a la que se añade un pacto excepcional, debiendo su origen al "pactum de retrovendendum del Derecho Romano": "compraventa a la que se añade un pacto excepcional que permite durante cierto tiempo y en determinadas circunstancias, la readquisición de la cosa por el vendedor; pacto que por su condición accesorio no altera la naturaleza del contrato principal" (97). Para este autor, una razón favorable para entender que es una condición

resolutoria se halla en la aplicación al retracto convencional de la Legislación Hipotecaria, concretamente del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y el artículo 176 de su Reglamento, que permiten cancelar las inscripciones sujetas a condición rescisoria o resolutoria.

También PUIG BRUTAU considera el retracto convencional como pacto que puede acompañar el contrato de compraventa (98) y si bien no cae en el error de calificarlo como condición resolutoria, entiende que su ejercicio supone la resolución del derecho del comprador (99), cuyo derecho, la propiedad es revocable, debiendo constar en el Registro como una causa resolutoria de la adquisición.

PRIETO COBOS (100) es uno más en la larga lista de autores que sólo ven en el retracto convencional la resolución de la transmisión producida: "derecho de readquisición que esencialmente va implícito en el pacto o condición resolutoria del retracto a que alude el artículo 1.507 del Código Civil.

\*

\*

\*

La postura de todos estos autores responde, como ya se ha dicho, a la regulación que el Código Civil da a este derecho y a su propia concepción ante él mismo. Entender el retracto convencional como un derecho dirigido a la recuperación de lo

vendido, hace centrar la atención en lo que podría considerarse segunda parte del retracto, y conlleva a ver en él, exclusivamente, un efecto resolutorio de la compraventa a la que necesariamente hace referencia. Y de ahí nada más fácil que entender que el retracto convencional es un derecho creado por pacto unido a la compraventa, pacto que altera los efectos normales de ésta al producir su ejercicio la resolución de la misma. Se observa también en estos autores, y así se ha reseñado en alguno de ellos la falta de diferenciación entre el pacto que, en su opinión, da lugar al derecho, y el derecho mismo, hablando de no y de otro como retracto convencional.

ALBALADEJO (101), GARCIA CANTERO (102), partidarios de la existencia de la categoría de los derechos reales de adquisición, y de la calificación como tal del retracto convencional, fijan su nacimiento en la ley y en el convenio entre las partes, inter vivos o mortis causa, añadiendo, sin embargo, aquél que su ejercicio "al operar como condición dependiente de la voluntad del vendedor, produce la resolución de la venta" (103).

#### B) Jurisprudencia

Compartiendo esta postura de entender el retracto convencional como cláusula resolutoria creada por pacto añadido a un contrato de compraventa, aparece numerosa jurisprudencia y resoluciones de la Dirección del Registro y del Notariado.

Así la resolución de 10 de Septiembre de 1.901 señala que cabe vender e inscribir en el Registro la venta de una cosa sometida a pacto de retro porque "los bienes sujetos a condiciones resolutorias pueden ser enajenados siempre que queda a salvo el derecho de los interesados en ellos", "el derecho reservado no es un gravamen, sino una condición resolutoria".

La resolución de 22 de Julio de 1.910 afirma que "el pacto de retro en las ventas equivale a una condición resolutoria cuyo cumplimiento repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiese verificado".

Para el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de Mayo de 1.926, "al ejercitar su derecho no perfecciona un nuevo contrato de compra...sino que provoca el desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo".

La sentencia de 23 de Mayo de 1.944 hace referencia al retracto convencional como negocio creador, afirmando que "este pacto, como otros que pueden estipularse en la compraventa, está autorizado por la libertad de contratación derivada del ordenamiento de Alcalá y del artículo 1.255 del Código Civil", "constituye, en relación con la transmisión de dominio una verdadera condición resolutoria que amenaza al comprador y a los que de él traigan su derecho".

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de Marzo de 1.947, diferencia en contra de lo que es habitual, entre el pacto de

retro y el derecho propiamente dicho, afirmando "... momento en que el vendedor puede reservarse el derecho de readquisición que esencialmente va implícito en el pacto o condición resolutoria del retracto a que alude el artículo 1.507", palabras que textualmente recoge la sentencia de 28 de Junio de 1.961.

También las sentencias de Junio de 1.951, 12 de Noviembre de 1.964 y 21 de Noviembre de 1.981 consideran al retracto convencional como derecho de resolución, refiriéndose la segunda de ellas, concretamente, a que así lo regula el artículo 1.506 del Código Civil.

Por último en la de 28 de Diciembre de 1.964, el Tribunal Supremo califica la condición resolutoria que el retracto convencional significa como condición potestativa y dependiente de la sola voluntad del vendedor.

#### C) Oposición a que sea una condición resolutoria

Frente a esta concepción del retracto convencional como derecho creado por pacto añadido a una compraventa con efectos resolutorios, aparece lo establecido en el articulado del propio Código Civil, en cuyo artículo 1.520 se dice que "el vendedor que recobre la cosa vendida la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe y según las



costumbres del lugar que radique". A lo que hay que añadir la inexistencia de obligación de devolver los provechos de la cosa ni los intereses del precio; todo ello se contradice con el propio concepto de condición resolutoria que supone la desaparición del negocio jurídico al que afecta, volviendo a la situación anterior a su celebración como si nunca hubiese existido.

Eso entienden CASALS COLLDECARRERA (104) y SAPENA (105) quienes afirman que no puede existir resolución, porque de ser así todas las consecuencias desaparecerían y se produciría un restablecimiento completo de la situación jurídica anterior; afirmando CASALS que tal restablecimiento no ocurre al no existir el deber de devolver los provechos de la cosa y al no devengar intereses el precio pagado. Lo que se produce, a juicio de este autor, es el establecimiento en el contrato de una obligación condicional y accesión de retransferencia, lo que supone que al efectuarse la retransferencia, el vendedor tendrá que respetar los derechos reales y modificaciones impuestas por el adquirente durante el tiempo en que la cosa ha permanecido en su poder.

Y a ello aun hay que añadir el hecho de que la resolución dependa de la voluntad de una sola de las partes, lo que resulta completamente contradictorio con lo establecido en el artículo 1.115 del Código Civil.

Opuesto a la consideración del retracto convencional como condición resolutoria aparece también COSSIO, para el que existen

tres razones que lo impiden (106):

- el cumplimiento del contrato no puede dejarse a la voluntad de una de las partes, a tenor de lo que establece el artículo 1.115 del Código Civil.

- la retroventa puede estar sometida a condición resolutoria, lo que demuestra que sus efectos no van dirigidos a destruir una venta, sino a crear a favor del retraído derechos que sólo pueden derivarse de una venta nueva.

- no existe retroactividad, tal y como se deduce de los artículos 1.519 y 1.520 in fine.

GARCIA CANTERO, que como ya se ha observado, configura el retracto convencional como condición, resolutoria (107) se opone a esta postura afirmando que no cabe considerar este retracto como condición potestativa pura a incluir dentro del ámbito del artículo 1.115 del Código Civil, alegando que "aunque el ejercicio de la opción queda al arbitrio de su titular, para que produzca efectos hace falta cumplir los requisitos objetivos del artículo 1.518 (108)".

En esta oposición a entender el retracto convencional como condición resolutoria, se encuentra también LALAGUNA, si bien este autor añade a las objeciones derivadas de la no concurrencia en el retracto convencional de los caracteres de la condición resolutoria, la propia naturaleza y objetivos del propio retracto

convencional. Para LALAGUNA, este derecho no puede ser considerado como condición resolutoria porque no reúne los caracteres de ésta, porque no produce sus efectos, pero además, tampoco puede ser calificado como condición resolutoria porque el propio concepto de retracto convencional lleva más allá de la sola resolución del contrato de compraventa; así formula este autor dos objeciones a su consideración como condición resolutoria (109):

1. Su encuadramiento en el régimen de la condición, introduce una complicación dogmática innecesaria y deja sin explicar la verdadera naturaleza de la facultad de elección que nace de la retroventa.

2. Se olvida los efectos que se producen respecto a la segunda relación de la venta.

En cuanto al primero, si bien el retracto convencional produce una situación de pendencia igual que la condición, no puede ser configurado como una condición potestativa por cuanto que la voluntad interviene con total soberanía, sin plegarse al hecho jurídico objetivo que constituye realmente el efecto constitutivo de la condición. Se refiere para mejor distinguir retracto convencional y condición, al retracto convencional condicionado en el que la eficacia del negocio depende a la vez del hecho jurídico constitutivo de la condición y del acto jurídico de la voluntad del retrayente.

En cuanto al segundo, resalta como, de configurar el retracto convencional como condición resolutoria, se olvidaría una de las relaciones jurídicas: así resulta que "a) el ejercicio del derecho de retracto convencional deja sin efecto la venta realizada y supone la eficacia de la venta prometida; b) si el vendedor no hace uso del derecho de retraer, la compraventa realizada se consolida, pero la venta prometida no se llega a realizar".

Para BADENES GASSET (110), sin embargo, el artículo 1.520 es corolario del principio "resolutio jure dantis, resolvitur jus concessum", en cuya virtud todos los actos que el comprador realiza mientras está pendiente la condición resolutoria, están subordinados a ésta; y en cuanto a la obligación de respetar los arriendos, dice, corresponde a la obligación que tiene el comprador de respetar los pendientes al entrar en posesión de la finca. Para BONET (111), tal salvedad se justifica por ser el arrendamiento un derecho de carácter personal.

En cuanto al hecho de que la resolución dependa de la voluntad de una sola de las partes, cabe obviarse afirmando, bien que la voluntad del retrayente no afecta a una sola obligación que es el supuesto del artículo 1.115, sino que afecta a un conjunto de ellas, bien que no es completamente potestativa porque aunque queda al arbitrio del titular, es necesario que se cumplan los requisitos objetivos del artículo 1.518 (112).

Sin embargo, hay que entender que no se trata de una

verdadera condición resolutoria porque al no ser realmente objetivos los requisitos del artículo 1.518 y depender un cumplimiento exclusivamente de la voluntad de la persona va en contra de lo establecido en el artículo 1115, y contra la esencia de la obligación que proclama el artículo 1.256 del Código Civil.

## 2.-PACTO DE CARACTER SUSPENSIVO

Una segunda postura ante el modo de constitución del retracto convencional es la que se podría considerar de carácter opuesto a la anterior, al centrar su atención en la segunda parte de los efectos del retracto convencional; para los autores partidarios de esta postura, lo importante en este derecho no es que su ejercicio permita la resolución de la compraventa, sino por el contrario, la celebración de una retroventa. El retracto convencional es el derecho creado mediante contrato de retroventa sometido a condición suspensiva, que permite la readquisición de la cosa.

Así lo entienden ENNECCERUS y LEHMANN para los que no se trata de resolver lo ya hecho, lo que existe es una compraventa con carácter inverso y sometida a condición suspensiva. Las partes convienen que la cosa sea retrovendida al vendedor cuando éste emita una declaración dirigida a este efecto (113). PEREZ

GONZALEZ y ALGUER atribuyen esta afirmación al hecho de cargar el acento en la retroventa que tiene lugar al ejercitarse el derecho de retracto, en vez de en la venta que se deshace (114), añadiendo que por la regulación que del retracto convencional hace el Código Civil, es preferible la adopción de la postura que lo considera condición resolutoria.

ROCA SASTRE hace referencia a esta posibilidad distinguiendo entre el pactum de retrovendendum y el pacto de rescate; entiende este autor a éste último como condición resolutoria potestativa actuante por la que la propiedad de la cosa vuelve automáticamente a quien la vendió, como si no hubiese sido vendida (res inempta sit), en tanto que el pactum de retrovendendum es el pacto por que el comprador sólo queda obligado a consentir la reventa (115).

Esta segunda postura no ha sido muy adoptada por la doctrina, al existir una regulación clara del Código Civil en sentido contrario, tal y como afirmaban PEREZ GONZALEZ y ALGUER.

### 3.- DERECHO DE OPCION CREADO POR PRECONTRATO

Entender de un modo u otro la institución del retracto convencional es, por tanto esencial para el problema de su constitución. De un lado, centrar exclusivamente la atención en la posibilidad de recuperar la vendido con los aparentes efectos

resolutorios que ello tiene, conduce necesariamente a asimilarlo a una condición resolutoria y a fijar su constitución en un pacto añadido a una compraventa. Centrar la atención de otro lado, en la readquisición olvidando la transmisión que anteriormente se ha celebrado, lleva a considerar que su ejercicio produce los efectos de una condición suspensiva que, añadida a un contrato de compraventa postpone su eficacia al momento de su cumplimiento, o en este caso, de ejercicio del derecho.

De lo expuesto hasta ahora y como previo al examen de la creación del retracto convencional por negocio jurídico distinto al pacto unido a la compraventa, cabe afirmar que no puede considerarse que el retracto convencional se cree por un pacto añadido a una compraventa:

- porque el vendedor al establecer este derecho no busca solamente la resolución de la compraventa que en ese momento efectúa, o la readquisición que de ejercitar su retracto convencional se produciría en momento posterior, sino que busca las dos finalidades: vender y posteriormente recuperar lo vendido.

- porque no se puede hacer depender la eficacia de un contrato de la voluntad de una de las partes, cosa que ocurriría en el retracto convencional considerado desde cualquiera de las dos posturas analizadas, al depender exclusivamente de la voluntad del retrayente su ejercicio, por más que para llevar a cabo éste, deba cumplirse lo exigido por el artículo 1.518.

- porque, con referencia exclusiva a la postura que lo asimila a la condición resolutoria, no se produce la desaparición completa de los efectos creados por la compraventa celebrada.

Considerar que con el retracto convencional se pretende vender y además readquirir, da un enfoque completamente distinto a su constitución. El propietario-retrayente persigue vender y simultáneamente recuperar la cosa, pero como readquisición en sí, no como resolución de la compraventa simplemente; cuando vende, no persigue la resolución, sino la venta en ese momento y en otro posterior la readquisición; son dos intenciones las que están presentes en el ánimo del propietario, siendo dos las que finalmente pueden obtenerse; reducirlas a una, conduce a considerar que su constitución es debida a un pacto añadido a una compraventa.

Aparece de este modo una compraventa perfecta por la que se transmite la propiedad de una cosa y, junto a ella una institución que concede a una de las partes el derecho a exigir durante un periodo de tiempo la adquisición de la cosa, con carácter preferente a cualquier otro -de modo absoluto- y con independencia de los deseos del propietario de la misma; aparece de este modo un derecho de opción.

Comprador y vendedor celebran un contrato de compraventa y simultáneamente crean, de mutuo acuerdo, un derecho real a favor del ahora vendedor que le permitirá en un futuro, dentro del plazo que ellos establezcan y sin más condicionamientos que su



propia voluntad, adquirir la cosa objeto de la venta;  
simultáneamente a la celebración de un contrato de compraventa  
normal, se produce la creación de un derecho real de adquisición  
de especiales características, de un derecho real de opción.

Establecido en el apartado anterior la creación del derecho real de opción mediante precontrato en el que una de las partes, de forma gratuita u onerosa, adquiere la facultad de, en un momento dado, exigir el cumplimiento de ese contrato, y en consecuencia, convertirse en propietario del objeto del mismo, y habiendo llegado a la conclusión de que el retracto convencional no es sino un derecho de opción que se constituye de forma conjunta a un contrato de compraventa, cabe pensar que el modo de creación del retracto convencional se debe a un precontrato unido a una compraventa. Por ésta, el propietario vende una cosa de la que es titular en unas condiciones determinadas, por aquel, celebra simultáneamente una compraventa en sentido inverso.

La constitución del retracto convencional, fuera de los casos legales, se debe a la celebración de un precontrato en el que ambas partes acuerdan que una de ellas tenga la facultad de exigir el cumplimiento. Esa facultad que reúne los caracteres de un derecho real de adquisición, permite a su titular acceder a la propiedad de la cosa.

En ese sentido SAPENA (116) afirma que es una compraventa especial, añadiendo que el pacto no altera la naturaleza y efectos de la compraventa, sino que añade uno especial; es, dice,

un contrato que reúne elementos de otros dos contratos, compraventa y opción, entre los que existe un íntimo nexo de dependencia. Para este autor, es un contrato típico porque los elementos principales son los de un contrato de esas características; no es mixto porque los contratos unidos no tendrían existencia propia previa a la unión y porque los elementos de aquellos contratos no adquieren la categoría de principales en el nuevo.

No comparte plenamente su opinión LALAGUNA; este autor, que, como se ha señalado, considera olvido fundamental entender el retracto convencional como condición resolutoria, opina que "el retracto convencional uno de los ejemplos más claros de negocio mixto, en que tras la unidad de causa se puede reconocer la tipicidad de cada uno de los negocios conexos", añadiendo que "la eficacia inmediata que comporta la adquisición del dominio de la cosa por el comprador está limitada por la expectativa de readquisición, similar a la expectativa que representa la facultad de opción en el contrato de promesa de venta". Para este autor, existe una diferencia entre el retracto convencional y la promesa de venta más compraventa; en este supuesto, dice, "sólo la promesa de venta estaría en incertidumbre, mediante el retracto convencional, ambas relaciones, la compraventa y la retroventa tienen eficacia incierta" (117); sin embargo esa eficacia incierta, no entendiendo el retracto convencional como condición resolutoria, no es comprensible en la compraventa.

No está de acuerdo con esta postura ROMAN GARCIA para el que

el contrato de compraventa si bien se ha celebrado real y perfectamente, aparece afectado por la condición resolutoria del derecho a recuperar la propiedad. Su distinción con el precontrato, añade, es clara porque éste último no es más que una primera fase o etapa de un negocio más amplio y complejo que culminará en la conclusión del contrato definitivo. Hay que recordar el concepto que este autor mantiene con respecto al precontrato en el que no incluye a las promesas unilaterales de compra o venta aceptadas, que determinan el nacimiento del derecho de opción, y a los que considera contratos de opción "con su propio significado jurídico y particular autonomía que impide considerarlo como etapa del iter negocial, al agotarse en sí mismos, bien mediante el cumplimiento que supone la celebración de otro contrato, bien por el incumplimiento (118).

Tras el análisis de las dos posturas tradicionalmente mantenidas ante el retracto convencional y la caracterización de esta institución como derecho real de adquisición idéntico a la opción, cabe concluir que su constitución no es debida a un pacto anejo a la compraventa que produce efectos resolutorios o suspensivos, sino precontrato celebrado entre las mismas partes del contrato de compraventa, al que, en el caso del retracto convencional, necesariamente acompaña.

El retracto convencional es un derecho de opción, es un derecho que por voluntad de las partes tiene efectividad real, y que, concedido onerosa o gratuitamente a una de ellas, le faculta para adquirir preferentemente la cosa objeto del mismo.

Pero además, el retracto convencional es un derecho de opción concedido a quien simultáneamente es parte de un contrato de compraventa, confiriéndose así una especialidad frente al simple derecho de opción. En la persona del optante confluye también la calidad de vendedor en una compraventa, suponiéndole por tanto, el derecho de opción la posibilidad de retraer a su patrimonio lo que por la venta sale del mismo.

Esa es la única especialidad del derecho de opción-retracto convencional, la existencia de una compraventa anterior con respecto a la que el precontrato constituye una compraventa inversa, ocupando las partes, también las posturas invertidas; sin que en ningún caso, ello pueda ser considerado suficiente para calificar al retracto convencional como derecho distinto al de la opción.

Manteniendo esta identidad entre los derechos y, consecuentemente, la identidad del modo de constitución, es decir un precontrato, se supera, en el caso del retracto convencional, el peligro de olvidar una de las finalidades que, con la concesión de este derecho se persigue. Entendiendo como fuente originadora del derecho de retraer, una compraventa más un precontrato, se "respetar" el objetivo de la venta (contrato de compraventa), y el de la readquisición (precontrato). Ambos contratos son absolutamente perfectos, si bien la existencia indefinida de sus efectos en el caso de la compraventa, o de su ejercicio, en el caso del precontrato, aparece en la incertidumbre derivada de su coexistencia.

En la constitución del retracto convencional, hay algo importante que debe destacarse, un aspecto derivado precisamente de esa coexistencia entre compraventa y precontrato; es el hecho de que inevitablemente habrá de ser celebrado en unida de las dos partes. La necesidad de que el precontrato creador del derecho de opción-retracto convencional haya de ser simultáneo a una compraventa, a un contrato a celebrar durante la vida de los sujetos que en él intervienen, impide que se pueda crear mediante un negocio mortis-causa.

El caso de la opción es distinto. El testador puede legar la propiedad que él ostenta sobre una cosa a una persona, y el derecho a adquirirla en un precio y tiempo determinados, pero dependiendo de su exclusiva voluntad, a otra. Obviamente el legatario podrá renunciar a su legado, al derecho de opción sobre la propiedad de una cosa que le ha sido legada, en cuyo caso el entonces propietario de la cosa, en su calidad de heredero (artículo 888 del Código Civil: el legado renunciado se refundirá en la masa de la herencia), o de otro legatario (sublegado), se verá liberado de ese derecho real de adquisición que limita su facultad de disposición.

Una vez más la existencia de una compraventa, y la necesaria referencia a ella en el caso del retracto convencional, determina su especificación con respecto del derecho de opción propiamente dicho.

#### IV.- CONSTITUCION DEL RETRACTO VOLUNTARIO

Una vez más, es necesario referirse al vacío legal, doctrinal y jurisprudencial existente en torno al retracto voluntario.

Como se ha resaltado en varias ocasiones, y muy especialmente en el Capítulo Primero, al tratar del concepto del retracto voluntario, son pocos los autores que se plantean este tipo de derechos reales.

Aquellos que han estudiado su creación, indican que ésta puede ser debida a cualquier tipo de negocio jurídico. Así GARCIA CANTERO (119) señala que "la doctrina está de acuerdo en que los particulares pueden crear en virtud de negocio jurídico (contrato o testamento), cualquier tipo de derechos reales de adquisición", añadiendo después que "los tres tipos de derechos reales fundamentales de adquisición, pueden deber su nacimiento tanto a la ley como al convenio entre las partes o al negocio mortis-causa".

En el mismo sentido se expresa ALBALADEJO (120): "el negocio jurídico por el que se establece el derecho de adquisición puede ser de cualquier tipo, y lo mismo inter-vivos que mortis-causa". Ofreciendo ejemplos de creación voluntaria de tanteo y retracto, siempre a través de testamento o contrato: el testador lo concede a un legatario sobre ciertos bienes dejados al heredero; el dueño

lo establece mediante contrato, bien gratuitamente, bien haciendo pagar cierta suma por el hecho en sí de la concesión del retracto; los dueños de un edificio por pisos que en los Estatutos de su propiedad establecen que cualquiera de ellos tiene sobre los extraños, preferencia de adquisición, la misma que antes confería el artículo 396 del Código Civil, antes de ser reformado por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1.960.

También ARECHEDERRA (121) señala casos concretos de creación refiriéndose a un tanteo acordado con ocasión de operaciones particionales "la adjudicataria de cupo tercero, se obliga a poner en conocimiento de los titulares del cupo segundo o de cualquiera de los mismos, su intención de traspasar el negocio que se le adjudica en el supuesto de que así tratara de hacerlo, en esa misma forma que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos para los arrendatarios del local de negocio... con el consiguiente derecho de tanteo en favor de los últimos".

Definido el retracto voluntario como el derecho que permite a su titular la adquisición preferente de una cosa durante un periodo de tiempo concreto; como el derecho que le permite, aunque debiendo concurrir determinadas circunstancias, decidir el adquirir o no el objeto de su derecho, cabe plantearse una constitución inter vivos similar a la del derecho de opción, una constitución mediante precontrato.

Al estudiar el derecho de opción, se ha concluido que

mediante el precontrato las partes celebran un contrato perfecto en sí mismo, por el que una de las partes atribuye a la otra, gratuita u onerosamente, un derecho de opción, la facultad de decidir dentro de un determinado período de tiempo la puesta en vigor del mismo, siendo en este caso, de poca transcendencia la voluntad del propietario, por cuanto que con independencia de si quiere o no enajenar la cosa objeto del precontrato, y por tanto del derecho de opción, se verá obligado a hacerlo.

En el derecho de retracto aparentemente las cosas son distintas, por cuanto que no basta con que la parte titular del derecho quiera adquirir la cosa, para poderlo hacer, sino que es necesario que se den determinadas circunstancias: que el propietario haya dispuesto de la cosa, y que el retrayente ofrezca las mismas condiciones (al menos) que haya ofrecido una tercera persona, o aquella cantidad y condiciones que en función de las que se podían ofrecer, pactaron las partes en el momento de su creación.

Teniendo en cuenta que la principal diferencia entre opción retracto convencional, y retracto voluntario, es su ejercicio, pero que en definitiva no son sino la posibilidad de sus titulares para adquirir con preferencia absoluta o relativa, la cosa objeto del derecho, cabría entender que el retracto voluntario no es sino el derecho de adquirir una cosa a que da lugar el precontrato de compraventa, estando sometido su ejercicio a que se realicen determinados presupuestos.



Se trataría del negocio jurídico, en virtud del cual una de ellas, titular del derecho, podría exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra, no en cualquier caso, como ocurre en el derecho de opción-retracto convencional, sino en el caso de que se cumplieran los presupuestos a los que quedaba sometido el ejercicio del citado derecho; tales presupuestos serían precisamente la diferencia, el hecho individualizador del retracto voluntario frente al derecho de opción.

El retracto voluntario se crearía mediante un precontrato cuyo ejercicio quedaría sometido al cumplimiento de determinados presupuestos, cosa distinta a que el propio precontrato estuviera sometido a condición. De ocurrir esto último, no nacería el derecho de retracto voluntario, por cuanto que su existencia se vería condicionada al cumplimiento de las exigencias establecidas en el precontrato; el derecho existe desde el momento en que éste se perfecciona, sólo que no podrá ejercitarse hasta que se cumplan los presupuestos necesarios para ello.

Las partes al celebrar el precontrato creador del retracto voluntario podrán pactar que éste pueda ejercitarse única y exclusivamente en la primera transmisión, o por el contrario en cada una de las transmisiones que se produzcan. En el primer caso el retrayente se dirigirá contra el tercer adquirente de quien fuera parte en el precontrato, en el segundo contra quien haya adquirido la cosa cualquiera que sea.

Dadas las características de este derecho y las razones que

mueven a su creación, el supuesto habitual será el de su creación para la primera transmisión que se realice tanto más cuanto el objeto del mismo sea un bien mueble y en consecuencia sin posibilidad de protección registral.

Por otra parte el precontrato creador del retracto voluntario podrá ser a título oneroso o gratuito, un ejemplo de precontrato a título oneroso será el del propietario de una finca que, a cambio de una cantidad, concede a su vecino un derecho de adquirir su finca, en caso de que decida su transmisión, acordando además las condiciones de ejercicio del retracto; ejemplo de precontrato gratuito será el del padre que divide una finca entre sus hijos, donando a cada uno de ellos, una parte de la finca y otorgando a título gratuito y mediante precontrato un derecho de retracto sobre la otra parte, para el supuesto de que el hermano o sus herederos lo transmitan.

Tal modo de constitución no vendría por tanto a contradecir la postura de ALBALADEJO (122) para el que "dicho derecho se instaure precisamente para que operase si tal hecho se producía y cuando se produjere. Y no produciéndose, el derecho no surte efectos en su fase adquisitiva". Al entender que el derecho de retracto voluntario nace de un precontrato, no se plantea siquiera que su nacimiento se produzca cuando el propietario ha vendido, y, por tanto en el momento de ejercicio como mantienen algunos autores. GARCIA AMIGO (123) dice textualmente "el nacimiento coincide con el instante en que el derecho se establece: en concreto, será el instante de perfección del

negocio, en los negociales".

\*

\*

\*

Asímismo y al igual que el derecho de opción, entendido en este caso, en sentido estricto, cabría la creación de este derecho mediante un negocio jurídico mortis-causa, mediante el cual el testatario designará una persona (en calidad de heredero o de legatario), como propietario de una cosa, cuyo derecho de propiedad se encontraría limitado por la existencia de un derecho real de adquisición legado a un tercero, y que consistiría en la facultad de éste último de adquirir con preferencia a cualquiera, cuando el propietario hubiera vendido el objeto del derecho y siempre y cuando ofrezca las condiciones exigidas para su ejercicio (tradicionalmente y por exigirlo así al retrayente legal, las mismas condiciones ofrecidas por el tercero).

El retracto voluntario así constituido, en caso de renuncia del legatario, y en base a las normas del Derecho de Sucesiones acrecería la masa de la herencia, o sería atraído por el derecho de propiedad del otro legatario, en caso de tratarse de un sublegado.

### NOTAS AL CAPITULO TERCERO

- (1) Vid. supra. Capítulo Primero.
  - (2) GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición", Revista de Derecho Privado, 1.976, página 118.
  - (3) GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo XIX, Madrid 1.980, página 491.
  - (4) CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 1.
  - (5) BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código Civil español", Barcelona 1.952, página 244.
  - (6) SANTOS BRIZ "Derecho Civil, teoría y práctica", Tomo II, Madrid 1.973, página 707.
  - (7) MEZQUITA DEL CACHO "El pacto de opción", Revista crítica de Derecho Inmobiliario 1.951, página 73 y siguientes.
  - (8) ROCA SASTRE "Estudios de Derecho Privado I. Contrato de promesa", Madrid 1.948, página 351.
  - (9) BADENES GASSET "La preferencia adquisitiva en el Derecho español", Barcelona 1.958, página 162.
  - (10) Vid. supra. Introducción, Apartado II.
  - (11) GARCIA AMIGO op. cit. página 118.
  - (12) LACRUZ "Elementos de Derecho Civil", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.980, página 241.
  - (13) GARCIA AMIGO op. cit. página 118.
  - (14) ALBALADEJO "Derecho Civil", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.983, página 367.
- O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo III, Madrid

1.988, página 307.

(15) GARCIA AMIGO op. cit. página 121.

(16) GARCIA CANTERO op. cit. página 503.

(17) ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario", Tomo III, Barcelona 1.968, página 495.

(18) ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario...", op. cit. página 500.

(19) MEZQUITA DEL CACHO op. cit. página 79.

(20) MEZQUITA DEL CACHO op. cit. página 84.

(21) SANCHEZ FONTANS "Naturaleza de la opción", Revista de Derecho español y americano", Tomo XII, 1.967, página 83.

(22) BADENES GASSET op. cit. página 217.

(23) OSSORIO Y GALLARDO "El contrato de opción", Madrid 1.935, página 24.

(24) PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo III, volumen 3, Barcelona 1.974, página 502 y siguientes.

(25) SANTOS BRIZ op. cit. página 776.

(26) MENGUAL "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Tomo 168, número 11, 1.936, página 201.

(27) TORRES LANA "Contrato y derecho de opción", Madrid 1.982, página 77.

(28) TORRES LANA op. cit. página 72.

(29) TORRES LANA op. cit. página 77, cita numerosas sentencias apoyando su caracterización del contrato: 23 de Marzo de 1.945, 10 de Julio de 1.946, 18 de Enero de 1.947, 4 de Diciembre de 1.953, 21 de Octubre de 1.974 y 28 de Mayo de 1.976.

(30) TORRES LANA op. cit. página 69.

(31) BORRELL Y SOLER op. cit. página 58.

(32) CASTAN "Derecho Civil español", Tomo IV, Madrid 1.986,

páginas 42 y 43.

(33) CASTAN op. cit. página 33.

(34) DIEZ PICAZO "Fundamentos de Derecho Civil patrimonial", volumen 1, Madrid 1.986, página 229.

(35) MORO LEDESMA "El precontrato", Revista crítica de Derecho Inmobiliario 1.934, páginas 88-89.

(36) MORO LEDESMA op. cit. página 330.

(37) ROCA SASTRE "Estudios..." op. cit. página 328 y siguientes.

(38) ROCA SASTRE "Contrato..." op. cit. página 344.

(39) ALGUER "Para la crítica del concepto de precontrato", Revista de Derecho Privado 12, 1.935, página 322 y siguientes.

(40) MEZQUITA DEL CACHO op. cit. página 79.

(41) DE CASTRO "La promesa del contrato", Anuario de Derecho Civil 1.950, 4, página 1.113 y siguientes.

(42) DE CASTRO op. cit. página 1.170.

(43) MORO LEDESMA op. cit. página 88.

(44) DE CASTRO op. cit. página 1.169.

(45) DE CASTRO op. cit. página 1.137.

(46) DE CASTRO op. cit. página 1.144.

(47) DE CASTRO op. cit. página 1.169.

(48) DE CASTRO op. cit. página 1.170.

(49) DIEZ PICAZO op. cit. página 220 y siguientes.

(50) LACRUZ op. cit. Tomo II, volumen 2, Barcelona 1.987, páginas 269 y 272.

(51) LALAGUNA "El contrato de promesa de venta y el retracto convencional" en Estudios de Derecho Civil (Obligaciones y contratos), Madrid 1.978, página 95 y siguientes.

(52) O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo II, volumen 1, Madrid 1.987, página 271 y siguientes y Tomo III, Madrid 1.988, página 308.

(53) ALGUER op. cit. página 322 y siguientes

Este autor cita a: - ALDER "Recontract und Vorvestrag" en "Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts" 31 (1.982) página 190 y siguientes.

- SCHLOSMAHN "Ueber den Vorvestrag und die rechtliche Natur des sogenannten Realkontrakte" en "Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts" 45 (1.903) página 3 y siguientes.

(54) DE CASTRO op. cit. página 1.171.

(55) LACRUZ op. cit. Tomo II, volumen 2, página 277.

(56) ROMAN GARCIA "El precontrato Estudio dogmático y jurisprudencial", Madrid 1.982, página 1.213 y siguientes.

(57) MORO LEDESMA op. cit. páginas 651 y 652.

(58) ROCA SASTRE "Estudios..." op. cit.

(59) ROMAN GARCIA op. cit. página 249.

(60) ROMAN GARCIA op. cit. página 251.

(61) DIEZ PICAZO "El pacto de compromiso y la nueva ley de Arbitraje", Anuario de Derecho Civil, 7 (1.954) página 155 y siguientes.

(62) ALBALADEJO "Derecho civil" Tomo II, volumen 2, Barcelona 1.980, página 457 y siguientes.

(63) ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario" op. cit. página 498.

(64) MORO LEDESMA op. cit. página 88 y siguientes.

ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario" op. cit. página 498.

- (65) MORO LEDESMA op. cit. página 161 y siguientes y 330 y siguientes.
- (66) FUEYO "Derecho Civil" Tomo II, volúmenes 1 y 2 y Tomo V, Santiago de Chile 1.964, página 19 y siguientes.
- (67) MEZQUITA op. cit. página 79.
- (68) TORRES LANA op. cit. página 80.
- (69) TORRES LANA op. cit. página 81.
- (70) ROMAN GARCIA op. cit. página 127.
- (71) ROMAN GARCIA op. cit. página 221.
- (72) ROMAN GARCIA op. cit. página 224.
- (73) TORRES LANA op. cit. página 31 y siguientes, para este autor, sólo la promesa bilateral es precontrato al no ser bilateral no puede calificarse como tal.
- (74) ROMAN GARCIA op. cit. página 410.
- (75) DE CASTRO op. cit. página 1.170.
- (76) DE CASTRO op. cit. páginas 1.164 y 1.167.
- (77) LALAGUNA op. cit. página 101.
- (78) GARCIA CANTERO op. cit. página 67.
- (79) CAMY SANCHEZ CANETE "Comentarios a la legislación hipotecaria", volumen 4, Pamplona 1.983, página 184.
- (80) O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III, página 308.
- (81) DIEZ PICAZO "Fundamentos ...", op. cit. volumen 2, Madrid 1.986 página 72.
- (82) GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", reimpresión de la edición de Madrid 1.852, Zaragoza 1.974, páginas 761 y 762.
- (83) ROYO Y MURCIANO "De las cartas de gracia", Revista de Legislación y Jurisprudencia. 1.860, Tomos 17 y 18, página 498.



- (84) GUTIERREZ FERNANDEZ "Retrotraer". Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1.878, Tomo 52, página 609.
- (85) ALCUBILLA "Diccionario de Administración española" Tomo IX, 5ª edición, página 256.
- (86) SANCHEZ ROMAN "Estudio de Derecho Civil" IV, Madrid 1.910, página 581.
- (87) RIAZA "Los retractos, errores dominantes en la materia" Madrid 1.919, página 152.
- (88) RIAZA op. cit. página 89.
- (89) RIAZA op. cit. página 346.
- (90) Revista de Legislación y Jurisprudencia de 1.928, Tomo I.
- (91) CASTAN op. cit. página 168.
- (92) HERNANDEZ GIL en su comentario a una resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.945, página 703.
- (93) Vid supra. Capítulo Primero.
- (94) BORRELL Y SOLER op. cit. página 244.
- (95) BONET RAMON "Código Civil comentado", Madrid 1.964, página 1.181.
- (96) BADENES GASSET "El contrato de compraventa", Tomo II, Barcelona 1.979 op. cit. página 916.
- (97) BADENES op. cit. página 917.
- (98) PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo II, volumen 2, Barcelona 1.973, página 209.
- (99) PUIG BRUTAU op. cit. página 215.
- (100) PRIETO COBOS "Ejercicio de las acciones civiles", Tomo II, Madrid 1.977.
- (101) ALBALADEJO op. cit. página 336.

(102) GARCIA CANTERO op. cit. página 493.

(103) ALBALADEJO op. cit. página 372.

GARCIA CANTERO op. cit. páginas 513 y 557.

(104) CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 10.

(105) SAPENA "Actualidad de la fiducia cum creditore". Revista de Derecho Notarial, 1.957, página 130.

(106) COSSIO "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I. Revisado y puesto al día por M. de Cossio y J. León Alonso. Madrid 1.988, página 487 y siguientes.

(107) GARCIA CANTERO op. cit. páginas 513 y 557.

(108) GARCIA CANTERO op. cit. página 513.

(109) LALAGUNA op. cit. página 121.

(110) BADENES GASSET op. cit. página 974.

(111) BONET RAMON op. cit. página 1.187.

(112) GARCIA CANTERO op. cit. página 513.

(113) ENNECCERUS-LECHMANN "Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff, Tomo II, volumen 2, primera parte, Barcelona 1.971, página 157.

(114) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER en sus notas al Derecho de obligaciones del Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff, Tomo II, volumen 2, primera parte, Barcelona 1.971, página 161.

(115) ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario", op. cit. página 677.

(116) SAPENA op. cit. página 130.

(117) LALAGUNA op. cit. páginas 118 a 123.

(118) ROMAN GARCIA op. cit. página 394.

(119) GARCIA CANTERO op. cit. página 491.

- (120) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, página 336.
- (121) ARECHEDERRA op. cit. página 130.
- (122) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 336.
- (123) GARCIA AMIGO op. cit. página 126

## CAPITULO CUARTO

### SU UTILIZACION COMO GARANTIA DE UN PRESTAMO

#### I.- EN GENERAL

#### II.- MOTIVOS

##### 1. INERCIA

##### 2. EVITAR PROCEDIMIENTOS

##### 3. FRAUDE DE LAS NORMAS PROHIBIDAS DEL PACTO COMISORIO

#### III.- CARACTERIZACION

##### 1. INTRODUCCION

- A- Simulación
- B- Negocio fraudulento
- C- Negocio indirecto
- D- Negocio fiduciario

## 2. CARACTERIZACION DOCTRINAL

## 3. CARACTERIZACION JURISPRUDENCIAL

- A- Negocio fiduciario
- B- Negocio válido como compraventa con pacto de retro
- C- Negocio simulado

## IV.- CON FINES DE USURA

1. INTRODUCCION. REQUISITOS

2. JURISPRUDENCIA

A- Concurrencia requisitos de la Ley de Represión  
de la Usura

B- Libre apreciación de los Tribunales

3. DOCTRINA

## I.- EN GENERAL

La esencia del retracto convencional radica en otorgar al vendedor la posibilidad de satisfacer su actual necesidad de dinero mediante la venta de la cosa que es objeto de su propiedad y conjuntamente el derecho a recuperarla en un tiempo y condiciones determinadas; en tanto el que vende la propiedad bajo pacto de retro, "espera que dentro del plazo convenido para la retrocesión se habrá procurado los fondos necesarios para reembolsar el precio de la venta y entrar de nuevo en posesión de la cosa, el comprador espera que expire el plazo del retrocesión sin que el vendedor haya podido ejercitar su derecho y que por tanto devenga la venta irrevocable" (1).

Pero es precisamente en la esencia del retracto convencional donde radica el origen de las críticas y detractores de esta institución que la convierten en una de las figuras jurídicas que más discusiones y polémicas ha suscitado (2); el propietario, con la esperanza de poder efectuar la retrocesión y recuperar la cosa, la enajena por un precio muy inferior a su valor real, fomentando el desarrollo de la usura con el siguiente mecanismo: el prestamista-comprador entra en posesión de la cosa que constituye la garantía del dinero desembolsado, durante todo el tiempo que se estipulaba en el contrato, y si una vez transcurrido éste el vendedor-deudor no pagaba, el prestamista quedaba como legítimo dueño de la cosa a un precio mucho más bajo del real.

La inexistencia de instituciones públicas y privadas crediticias provocó la proliferación de usureros que, burlando las leyes canónicas (canon Quonian 2 distinción 17) y civiles (Ley de Usura de 23 de Julio de 1.908), empleaban fórmulas como ésta para encubrir préstamos usurarios.

Lo que en principio no es sino el deseo del dueño de no desprenderse definitivamente de la cosa con el fin de recobrarla, lleva parejo el peligro de que un "usurero" utilice este recurso para prestar dinero a quien entiende no va a poderlo recuperar, adquiriendo a bajo precio el dominio de una cosa.

Estas razones de tipo moral, unidas a la de tipo económico -el comprador sabiendo que en un momento dado puede retraer la finca al vendedor lejos de introducir mejoras se dedica a esquilmarla, sacando de ella todo el provecho posible (3)- ha llevado a algunos autores a preconizar su desaparición; así BENITO GUTIERREZ (4) sostiene que la razón aconseja no conservar este pacto que es una excepción odiosa en el estado del dominio y un semillero de fraudes y pleitos".

La importancia histórica de la utilización como garantía de un préstamo de la compraventa con pacto de retro, hace necesario examinar de un lado los motivos que hicieron proliferar ese uso, y la caracterización del contrato resultante, de otro.



## II.- MOTIVOS

El origen de la proliferación de la utilización del retracto con fines de garantía fué en un primer momento la prohibición del devengo de intereses muy influenciada por la doctrina constante de la Iglesia determinante de que con las cosas fungibles o que se consumen no se puede lucrar: "Catholici semper tenuerunt eas omni jure prohibitas esse; licet clariss Mastrofini, opere quod plurimis ab hinc annis vulgavit, omni argumentorum genere ostendere conatus fuerit, moderatum ex credita divitibus pecunia lucrum licita exigí posse. Set tamen hujusmodi doctrina ab Ecclesia cujus solius est judicare nuperrime damnata fuit". Ello hacía que quienes se dedicaban a realizar préstamos procuraran ocultar estos y sus altos intereses bajo la forma de compraventa con pacto de retro (5).

El precio en la compraventa aparece en los documentos pontificios como determinación del valor de una mercancía expresada en dinero, como medio general de cambio (6) siempre que éste fuera así no habría impedimento para considerar lícito el contrato de retroventa (Sagrada Congregación del Santísimo Oficio de 24 de Agosto de 1.878: "contratum venditionis cum pacto redimenti licitum esse si fiat iuxta aequalitatis regular a doctoribus traditor").

Con fecha 14 de Mayo de 1.856 se abolió en España la tasa legal del 6 por 100 anual tolerada por la Iglesia, con lo que la

usura dejaba de ser delito civil y el préstamo un contrato más a celebrar. Para ROYO Y MURCIANO, la utilización entonces del retracto convencional como préstamo podía producir beneficios "y aún pueden prestarlos hoy mayores, revestidos de la equidad que les faltaba ya que la Ley ha levantado la tasa del interés del dinero; y en defecto de bancos u otros medios para proporcionar capitales a precio asequibles a la industria y a las necesidades de la familia, y mientras se quiera buscar y se encuentre el modo de llenar el vacío que deja la rotura del límite legal de los intereses, pueden ser las cartas de gracia el menos gravoso, el más proporcionado (7)". No hay que olvidar además que la persistencia en utilizarla con esa finalidad se debía también a motivos religiosos, por cuanto la usura seguía constituyendo delito eclesiástico, estableciéndose para los usureros penas de infamia (Canon 2, causa 3, cuestión 7), de privación de sepultura eclesiástica (capítulo Quia In Omnibus 3, título 19) e incluso de excomunión (capítulo Praeterea 7, título 19).

Admitida en nuestra patria la libertad de la tasa de intereses, se siguió practicando la carta de gracia como encubridora de un préstamo por tres causas:

Primera: La inercia, con olvido de que la ocultación no es necesaria.

Segunda: El deseo de evitar procedimientos ejecutivos largos y complicados.

Tercera: El fraude a las normas prohibitivas del pacto comisorio.

Primera. La carta de gracia utilizada con estos fines se había convertido en una práctica tan usual que se seguía llevando a cabo aun cuando la libertad de la tasa de intereses no la hacía necesaria.

Segunda. Deseo de evitar procedimientos ejecutivos. El acreedor trataba por esta vía de evitar las complicaciones de los procedimientos ejecutivos ante el impago del deudor, que en el aspecto económico podían incluso repercutir en su derecho, cuando el valor de la cosa no bastaba para cubrir los gastos múltiples (Letrado, Procurador, Juzgado, Registro, Impuestos,...) que aquellos ocasionaban y el importe del crédito por el que se ejecutaba(8).

En este sentido SANTAMARIA afirma que "el problema lo constituye la deficiente regulación hipotecaria con los inconvenientes del juicio ejecutivo" (9); opinión que comparte MANRESA al afirmar que "lo que hay en el fondo de todo esto es una gravísima imperfección en la manera como nuestras leyes reglamentan la constitución y efectividad del crédito hipotecario. Lo que ocurre es que nuestra hipoteca es cara y mala, que el procedimiento ejecutivo aplicado a la misma resulta larga y costoso y que las gentes, cuando se encuentran que en el mundo legal no caben sus aspiraciones, se van procurando otro en donde puedan verse satisfechas. Hágase que el acreedor

hipotecario encuentre en la hipoteca las mismas garantías, y el pacto de retro quedará reducido a sus naturales límites; pero mientras esto no ocurra, todas las declaraciones están de más, porque el que presta su dinero no se ha de resignar a que un tanto por ciento del mismo se destine casi seguramente a mantener profesionales y funcionarios, muy respetables, sí, pero cuyos intereses es menester armonizar con el público interés... Con el pacto de retro se suprime la intervención judicial con su indispensable concurso de Abogados, Procuradores, escribanos, Notario, papel sellado y, sobre todo, con las contingencias inseparables de todo procedimiento y este largo vía crucis se sustituye por una simple nota marginal en el Registro de la Propiedad. El retracto convencional es como el arsénico y, después de todo, como todas las cosas, sirve para sanar y para matar: lo que hay que hacer es reglamentar las condiciones en las cuales sana e impedir en lo posible aquellas otras que matan. A más no se puede llegar (10).

La Ley Hipotecaria de 1.861 reformada en 1.909 da mayor celeridad al procedimiento a través de la introducción del procedimiento judicial sumario (artículos 129, 135) que prescinde de toda fase previa contenciosa; pero hay algo que a juicio de SAPENA (11) corta el camino de la hipoteca: la suma total de los impuestos que la operación grava (timbre, derechos reales y utilidades) es superior a lo que se tributa por venta a carta de gracia, con la posibilidad de dualidad de documentos: en la escritura pública se exterioriza una venta pura por precio inferior al real y en documento privado se fija un pacto de retro

con o sin retención de la posesión, lo que en la hipoteca no puede hacerse; además del perjuicio que supone el sistema hipotecario para el deudor por la necesidad de constatar públicamente el capital realmente prestado que imprime un estigma a la finca para las posteriores transmisiones.

Tercera. Sería como un fraude a las normas prohibitivas del pacto comisorio. En época remota del Derecho Romano, el decomiso se producía por virtud de una cláusula especial de pactum fiduciae. Esta cláusula era llamada lex commissoria (lex = contrato, convenio y committitis fiducia = la fiducia es decomisada). En virtud de esta cláusula el acreedor podía convertirse en dueño de la cosa constituida en garantía tan pronto como el débito vencía (12). PARES (13) mantiene que la proliferación de la utilización con fines de garantía de retracto se basa precisamente en el hecho de haber prohibido Constantino que el acreedor pignoraticio se apropiara de la prenda, lo que produjo que para eludir tal prohibición simularan una venta con pacto de retro.

Supone el pacto comisorio la posibilidad para el acreedor de apropiarse de la cosa sobre la que recae su derecho de garantía para el caso de que el deudor incumpla la obligación garantizada.

El pacto comisorio ha sido tradicionalmente rechazado por nuestro Derecho. Las Partidas (5.13.12) decían: "si a tal postura valiere no querrian los homes recibir de otra guisa los peños,

que vernia por ende muy gran daño a la tierra; porque cuando algunos estuvieren muy cuytados empeñarían las cosas por cuanto quier que les diesen sobre ellas a perderlas yan por tal postura como esta".

El proyecto de 1.851 acogió este mismo criterio en el artículo 1.775 estableciendo que "el acreedor no puede apropiarse de la cosa recibida en prenda y disponer de ella, aunque así se hubiese estipulado".

Ahora bien, si se observa el Código Civil actual se comprueba que, incomprensiblemente y a pesar de la tradición de nuestro Derecho, no está recogida expresamente la prohibición de que en la prenda y en la hipoteca -artículo 1.859, si en la anticresis artículo 1.884.2- se pueda acordar entre acreedor y deudor que aquel se quede con la propiedad de la cosa.

La jurisprudencia lo ha venido rechazando y con ella la doctrina que presupone la prohibición en el espíritu del artículo 1.859 en función de la primera base de la Ley de Bases para la que "el primer cuerpo legal de nuestra codificación civil debía formularse sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes (14)".

La necesidad de aclarar lo que en el Código Civil quedaba dudoso hizo que las sentencias iniciales del Tribunal Supremo fueran sumamente expresivas; así la sentencia de 3 de Noviembre de 1.902 declaró que no es lícito el pacto por el que se autoriza

al acreedor para apropiarse de las prendas por falta de pago del deudor, ya que no puede prescindirse para la enajenación de ellas de los términos prescritos en el artículo 1.872 del Código Civil; en este mismo sentido se expresan las sentencias de 27 de Abril de 1.918, 6 de Febrero de 1.931, 3 de Marzo de 1.932; la sentencia de 25 de Agosto de 1.933 declara que "el artículo 1.859 del Código Civil, al prohibir al acreedor que se apropie de las cosas empeñadas, hipotecadas, por el solo hecho de incumplimiento de la obligación -pacto comisorio rechazado por el Derecho Romano y prohibido ya por Constantino- no le prohíbe que los vendan.

La resolución de 10 de Junio de 1.986 para un caso de derecho de opción de compra como superposición de garantía para la devolución de un préstamo, argumentaba que "el Código Civil recoge los criterios tradicionales de prohibición del pacto comisorio, lo cual estaba ya regulado en el Derecho Romano, así como en las Partidas y el actual cuerpo legal, al regular los diferentes tipos de garantía real, sea esta sobre bienes muebles o inmuebles y haya o no desplazamiento de posesión, establece la prohibición de pactar un comiso".

En ocasiones se confunde este pacto comisorio con las cláusulas añadidas a contratos de préstamo y que sólo en apariencia permiten al acreedor hacerse con la cosa sobre la que recae la garantía. En ese sentido es importante la sentencia de 27 de Marzo de 1.926 en la que se recogía un supuesto que establecía para caso de incumplimiento que el prestamista podía hacer suyas las acciones a los tipos de cotización que se

determinaba; el Tribunal Supremo entendió que ello "no tiene otro alcance y trascendencia que la de una modalidad establecida en favor del futuro comprador para asegurar su ejecución", llenando "el requisito esencial del señalamiento de precio que para la promesa de venta exige el artículo 1.451".

Igualmente la sentencia de 12 de Noviembre de 1.955, aparentemente contraria a la postura prohibitiva, no viene sino a confirmarla, pues tiene por válido y eficaz un pacto de garantía añadido a un préstamo cuyo objetivo inmediato era la compra de un camión, por la que se facultaba a los prestamistas para hacerse cargo del mismo y reintegrarse en el capital no pagado, con la necesidad sin embargo de devolver al deudor el sobrante, lo que supone inexistencia de transmisión de propiedad.

No hay que olvidar sin embargo la propia estructura del retracto convencional; el comprador deviene dueño libre y pleno de la finca por el mero hecho de haber transcurrido el plazo fijado para el retracto sin que el vendedor haya podido recuperarlo. Utilizado como préstamo, cabría preguntarse si no existiría un pacto comisorio encubierto, y por tanto si no se estaría ante un claro fraudem legis. Entiende SAPENA (15) que si esa fuera la primordial intención de los contratantes, no habría otro remedio que declarar la nulidad del negocio, añadiendo que aparte de que la apropiación no reviste el carácter determinante o causa del contrato, ni siquiera el de modo principal -pues se atiende siempre en línea primera a garantizar la devolución del capital prestado y el abono de su renta- los efectos ni son



automáticos ni dependen sólo de la decisión unilateral del acreedor.

Pero si bien no es el principal motivo de su celebración de serlo produciría su nulidad porque, como se ha dicho, si la intención fuera la apropiación de la cosa comprada con retracto, sería un acto comisario prohibido por la ley. La posibilidad de que el comprador-prestamista adquiriera la propiedad de la cosa existe en todos los supuestos y ha de considerarse como una *lex commissoria* que plantea para SAPENA los problemas de su validez y tiempo de efectividad (16). En cuanto al primero entiende este autor que no existe ninguna duda por la similitud con el supuesto recogido en el artículo 1.504 del Código Civil: "no se trata de que quien ostenta sobre la cosa un simple derecho de garantía se convierta en propietario por el mero hecho del incumplimiento del deudor, sino en el cese de las restricciones a la titularidad que ya el acreedor tiene sobre la finca como consecuencia de la extinción de la relación creditual que trae consigo la del negocio obligacional causante de ellas".

En cuanto a su efectividad mantiene que no es automática como ocurre en el caso del pacto comisario; y que si bien existe una doctrina jurisprudencial reiterada sobre la caducidad automática del derecho de retracto, ésta se debe al olvido de que "la venta exteriorizada no es sino una parte y faceta de un complejo superior"; aplicando el supuesto similar casi idéntico del artículo 1.504 (relación de deuda presupuesto de otra de dominio) lo adecuado, aunque no necesario, continua SAPENA, sería el

requerimiento de carácter público, bien notarial, bien judicial.

### III.- CARACTERIZACION

#### 1.- INTRODUCCION

Además de los casos en que la intención de vender no es otra que la de transmitir la propiedad de la cosa, aunque se reserve el transmitente el derecho de recuperarla por si viniera a mejor fortuna, en otras ocasiones lo que ocurre es que la transmisión de la propiedad no persigue otra cosa que garantizar la devolución del precio, pasándose al campo de la garantía real.

Aparece entonces la dificultad de caracterizar un contrato que aparentemente es sólo una compraventa con pacto de retro, pero tras el que se esconde un préstamo con una garantía real; aparece un contrato con la finalidad conseguible por una vía típica y directa, y que sin embargo busca un rodeo con una motivación que si no básica (pues de ser así supondría su nulidad por fraude de ley), si ejerce su influencia en la voluntad de uno de los contratantes, cual es la posibilidad de retener la propiedad de la cosa que garantiza el préstamo, posibilidad completamente inalcanzable a través del contrato típico.

Esa discrepancia entre el contrato que aparece hacia el exterior y el que queda oculto, imprime forzosamente al negocio

un carácter especial que le separa, como es lógico de los tipos generales en los que tal discrepancia no se produce; aunque como observa DE CASTRO (17) no sean verdaderos tipos de contratos "ya que con ellos no se atiende a una finalidad específica y regulada como tal por el Derecho, adolecen de una deformación que puede afectar a los más variados tipos de negocios".

Esa especialidad lleva a plantearse si la deformación consiste en una falta u ocultación de causa del negocio (simulación), en un intento de burlar la ley (negocio fraudulento), en una atribución patrimonial que sobrepasa el fin perseguido (negocio fiduciario) o, en la utilización de un negocio para la obtención de un fin objetivo distinto de aquel que normalmente realiza el tipo de negocio utilizado (negocio indirecto).

La caracterización de retracto convencional utilizado con finalidad de garantía real de un préstamo exige un previo, si bien somero, repaso de cada una de las posibilidades apuntadas:

A) Simulación.

Existe simulación cuando las partes del negocio jurídico de común acuerdo, declaran determinada voluntad, construyendo un negocio jurídico aparente, sin causa o con causa distinta a la querida (18).

Se trata de una ausencia u ocultación de causa (19), si bien

algunos autores, en base a la divergencia que como consecuencia se produce entre voluntad y declaración definan la simulación como: "existe simulación cuando las partes entre sí, de común acuerdo, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros" (20) o bien "las partes de común acuerdo, asignan a sus declaraciones de voluntad un valor diverso del que, objetivamente, tengan en el caso concreto, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio inexistente o diverso del realmente concluído " (21). Para LUNA SERRANO, y en contra de la opinión de ALBALADEJO, la divergencia se produce entre dos declaraciones, la "externa" y la "interna" y secreta de las partes contratantes, llamada contradecларación (22).

La simulación puede ser absoluta y relativa; la primera supone la inexistencia de otro negocio tras el negocio simulado "*colorem habet substantiam vero nullam*"; en la relativa tras el simulado se esconde uno total o parcialmente distinto, verdaderamente querido, pero disimulado "*colorem habet substantiam vero alteram*".

En la simulación absoluta hay un negocio aparente y un acuerdo simulatorio por el que las partes están de acuerdo en que no exista negocio alguno; en la relativa hay un negocio aparente, el simulado, uno oculto (el disimulado) y un acuerdo de no dar validez al primero pero si al segundo (23).

Siguiendo la postura citada de DE CASTRO, cabe apuntar que en la simulación absoluta el negocio jurídico simulado al carecer de causa, es inexistente (23). En la relativa, el negocio jurídico (simulado) no tiene la causa que se expresa sino la que oculta, hay un solo negocio que no es el aparente (25). Es necesario resaltar que tales afirmaciones no son aceptadas unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia entre las que también se habla, al entender la simulación como discrepancia entre voluntad y declaración, de nulidad del negocio simulado (26).

Partiendo de la base de que se está en presencia de una simulación relativa, para decidir acerca de la validez jurídica del acto disimulado, es preciso tener en cuenta, ante todo, la doctrina general aplicable respecto de toda clase de actos y contratos, a cuyo tenor el acto disimulado será válido si reúne los requisitos requeridos por la ley, no solo en cuanto al consentimiento y el objeto, sino fundamentalmente en cuanto a la causa, verdadera y lícita que sea la propia del contrato que se oculta y distinta por tanto de la del disimulado", dice el Tribunal Supremo en sus sentencias de 6 de Octubre de 1.977 y en sentido contrario las de 26 de Mayo, 14 de Noviembre y 24 de Noviembre de 1.986.

El negocio disimulado existirá siempre que reúna todos los elementos y requisitos que le son propios: capacidad de las partes, prohibiciones legales, requisitos...

Jurisprudencia y doctrina (27) recogen en relación a esa exigencia el ejemplo típico de la simulación relativa en el que un contrato de compraventa encubre una donación, toda vez que al ser necesaria en esta la observancia de la forma (Escritura Pública) y hacerse constar en ésta la "causa donandi", no basta la escritura pública de venta para cubrir la forma; la consecuencia es que es inexistente el negocio simulado (compraventa) por falta de causa, y el disimulado (donación) por falta de forma.

#### B) Negocio fraudulento

Es el negocio que, amparándose en normas dictadas con finalidad distinta (ley de cobertura) alcanzan el resultado prohibido o eluden el que realmente corresponde (ley defraudada) (28). Se trata de hacer inaplicable en su letra una prohibición legal recurriendo a un negocio jurídico o a una combinación de negocios que la ley, en sí, no reprueba, pero que reconducen al resultado prohibido o a un resultado práctico semejante. No se viola la letra de la ley pero se ofende su espíritu (29).

Los requisitos para que el negocio sea fraudulento son (30):

- que exista una violación efectiva de una ley en cuanto va contra su finalidad práctica.

- que la ley de cobertura, al amparo de la que se realiza el negocio, no lo proteja realmente porque su fin sea otro.

En cuanto a la necesidad de que exista intencionalidad, PUIG BRUTAU apunta que "sólo muy excepcionalmente ignoraran los contratantes el fin ilícito que persiguen" (31), pudiendo estimar en caso contrario un equivalente propósito fraudatorio en la falta de previsión o diligencia que, de haberse tenido, hubieran hecho observar la violación del Ordenamiento, añade ALBALADEJO (32), para el que lo lógico es no exigir dicho propósito de burla, por ser lo que se persigue la falta de aplicación de la ley, no la mala fe.

El acto realizado queda sometido a los efectos que produzca la violación de la ley defraudada: si esta norma es prohibitiva del negocio, éste será nulo (artículo 6.3 del Código Civil), si no, será válido, y la producción y alcance de sus efectos se someterán a la ley eludida. Como acto ilícito puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios si ha causado daño a terceros, en base al artículo 1.902 del Código Civil.

#### C) Negocios indirectos

Son aquellos utilizados para obtener fines objetivos distintos de los que propiamente tienen (33); el negocio indirecto es un negocio cualquiera aplicado a otro fin además de al suyo típico. Se trata de alcanzar, dice RUBINO (34) "un resultado de aspecto jurídico exactamente individualizado, ajeno al negocio utilizado en el caso concreto, y que cuando este negocio haya recibido completa ejecución sustituye prácticamente

en todo o en parte el resultado inmediato del mismo".

SAPENA lo define como "el negocio empleado por las partes que persiguen un fin distinto al del mismo, de tal forma que el medio utilizado, jurídicamente válido y realmente querido por las partes, es distinto a los previstos por la ley para alcanzar el fin pretendido".

En tanto que PUIG BRUTAU defiende su admisibilidad al amparo de la libertad de contratación, si bien destacando la necesidad de calificar debidamente en cada caso la figura de que se trate, y de impedir el fraude de ley (35), DE CASTRO critica duramente esta categoría, observando que "si para determinar su particular eficacia hay que atender al propósito concreto o empírico de las partes, quedará cerrado el camino del negocio indirecto, ya que para calificar cualquier negocio causal, habrá que considerar el propósito real, y ello también aunque propósito y fin se busquen utilizando estructuras o fórmulas inadecuadas" (36). Asimismo ALBALADEJO entiende que no cabe en nuestro ordenamiento y que, o bien se conceptúa como dos negocios unidos cada uno por la parte que en el total corresponde al fin perseguido, o como hipótesis de negocio mixto (37).

En conclusión, el negocio jurídico indirecto no existe como tal, porque el fin, finalidad subjetiva de las partes supera el del negocio jurídico utilizado.

#### D) Negocio fiduciario



ENNECCERUS dice que es la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión, y también aquel negocio por medio del cual, el fiduciante concede al fiduciario una facultad jurídica, en cuya virtud éste puede ejercer derechos ajenos, económicos o jurídicos, con una cierta independencia y en su propio nombre, pero en interés de otra persona, estando jurídicamente vinculada de un modo bien definido (38).

ALBALADEJO lo define como aquel por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa el fin perseguido, obligándose a la vez, el que la recibe, a usar de ella sólo dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido. En base a ello, el negocio fiduciario se compone, a su juicio, de la unión de dos negocios: una atribución patrimonial, negocio positivo de carácter real, y una obligación de usar dentro de unos límites y restituir en su momento, negocio negativo de carácter obligacional (39).

Para PUIG BRUTAU (40) son los que "consisten en la atribución patrimonial que uno de los contratantes (fiduciante) realiza a favor de otro (fiduciario), para que éste utilice el derecho adquirido para la finalidad que se haya convenido (pacto de fiducia), con la obligación del adquirente de transmitir la cosa o derecho adquirido al enajenante o a un tercero, una vez cumplida dicha finalidad.

El contrato fiduciario ha sido y es reiteradamente admitido por la jurisprudencia, que lo caracteriza como "aquel que reviste

una forma compleja y está integrada por dos diversas, una de transmisión y otra de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo" (sentencia de 23 de Febrero de 1.951); "aquel que es realmente existente y querido por las partes con todas sus consecuencias jurídicas, pero con finalidad económica distinta a la normal" (sentencia de 28 de Diciembre de 1.955); "aquel elaborado mediante un acto formal complejo" (sentencia de 4 de Abril de 1.972). Otras sentencias partidarias del negocio fiduciario son las de 27 de Junio de 1.980, 9 de Diciembre de 1.981, 19 de Mayo, 2 y 4 de Junio de 1.982, 16 de Mayo de 1.983 y 6 de Abril de 1.987.

Produce el contrato fiduciario lo que se ha venido denominando, tras la sentencia de 25 de Mayo de 1.944 -de la que fue ponente CASTAN-, un doble efecto que supone una transmisión auténtica de la propiedad, limitando la conducta del adquirente respecto al uso de la cosa adquirida con una obligación personal, la de restituirla.

El fiduciario aparece como propietario pero la eficacia de la transmisión del derecho queda limitada a una eficacia externa, a la relación del fiduciario con los terceros de buena fe; el fiduciario tiene además un derecho de retener la cosa hasta que se haya extinguido la obligación, si bien en caso de incumplimiento no debe de encautarse definitivamente el objeto entregado en fiducia (de lo contrario habría violación indirecta de la prohibición del pactum commissorium)" (41); el fiduciante,

por otro lado, tiene un derecho de recuperar el objeto transmitido, de carácter personal.

SAPENA caracteriza el negocio fiduciario en base a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 1.955, cuyo criterio luego es recogido posteriormente por las sentencias de 3 de Mayo de 1.976 y 6 de Abril de 1.987 sistematizando sus características del siguiente modo (42):

a) Uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley, refiriéndose al negocio fiduciario en su conjunto y no a ninguna de las partes, que sí suelen ser negocios típicos, para obtener un resultado que pudo ser conseguido por vía directa y típica.

b) Contrato complejo integrado por otros dos interdependientes, uno real, de transmisión patrimonial plena del dominio, y otro obligacional. Para NAVARRO MARTORELL este contrato complejo al que se refiere SAPENA, es una unidad, un acto jurídico complejo que consta de dos negocios simples unidos íntima pero no esencialmente, por el vínculo consensual fiduciario, sin que pierdan su propia individualidad a pesar de la mutua interdependencia (43).

c) Evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido. La transmisión es medio para la consecución del fin que por ello la limita y condiciona.

d) Posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario al poder éste, en perjuicio de aquel, usar de un aparente poder excediéndose del fin para el que le ha sido atribuido.

e) Rango superlativo de la fe o confianza que se conjugan con mayor o menor intensidad en toda la contratación. En este tipo de negocios se requiere una confianza "fiducia cum creditore" en la otra parte, superior a la del resto de los negocios.

La existencia del negocio fiduciario no ha sido sin embargo comúnmente aceptada. DE CASTRO (44) critica su concepto entendiendo "que al escrudiñar las interioridades del negocio fiduciario se descubre su carencia de propio sentido y su naturaleza de artificio empleado para servir resultados que caen dentro del ámbito de otras figuras jurídicas, las que le imprimen distinto y específico carácter; la inadecuación de la causa fiduciae respecto al efecto de transmitir una propiedad de modo pleno y definitivo, convierte a la compraventa en simulada de uno existente, dejando como único título el disimulado de garantía".

La postura de DE CASTRO así como la de sus detractores es recogida frecuentemente por la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado (resolución de 30 de Junio de 1.987 -Actualidad 937/87-, sentencias de 9 de Octubre de 1.987 -Actualidad 1.005/87-, 12 de Febrero de 1.988

-Actualidad 393/88-, 25 de Febrero de 1.988 -Actualidad 395/88-, 8 de Marzo de 1.988 -Actualidad 491/88-, 28 de Octubre de 1.988 -Actualidad 150/89-, 22 de Diciembre de 1.989 -Actualidad 389/89-).

ALBALADEJO, aceptando esta crítica, modifica su postura respecto al negocio fiduciario y tras observar en un primer momento que consistía "en el intercambio del derecho que se transmite por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciante, unida a la potestad de recuperarlo después" , afirma su inadmisibilidad en nuestro derecho porque sobrepasado el medio utilizado al fin preseguido, éste no es causa suficiente para mantener aquel, el fiduciario recibe un poder adecuado al verdadero fin del negocio, bien porque se entiende querida solamente la transmisión de ese poder menor, bien porque se piense que hay conversión del negocio (45). O'CALLAGHAN (46) compartiendo esta postura afirma que al no admitirse en el Derecho español el negocio abstracto, no puede mantenerse el negocio fiduciario que carece de causa que justifique la atribución patrimonial en que la causa fiduciaria tenga entidad para constituir causa de un negocio de disposición.

## 2.- CARACTERIZACION DOCTRINAL

Apuntados los principales caracteres de estos negocios o anomalías contractuales como las denomina PUIG BRUTAU (47), es el momento de examinar en cual de ellas incluye la doctrina y

jurisprudencia, la compraventa con pacto de retro en los supuestos en los que es utilizada como garantía de un préstamo.

De un lado BATLLE VAZQUEZ (48), considera como un caso típico de fraude de ley, la compraventa con pacto de retro en la que se pacta para la recuperación de la cosa vendida un precio que engloba el de la suma originariamente entregada y el de los intereses que se desea.

Para SAPENA (49) es un claro ejemplo de negocio fiduciario dado que en él concurren todos los requisitos de este tipo de negocios:

a) El resultado que se pretende (conferir garantía real a un préstamo) no es el propio del negocio realmente utilizado y pudiera ser conseguido por vía directa y típica, constituyendo una hipoteca o anticresis.

b) Es un negocio complejo en el que existen tres contratos: uno de préstamo, otro de garantía y otro de compraventa con pacto de retro a través de los que se produce una transferencia de dominio (compraventa), para el que no es obstáculo la retención de la posesión por parte del vendedor (elemento real), con el fin de garantizar el préstamo concedido por el comprador al vendedor cuyo capital es el declarado, o el que en este acto como superior se declara. La propiedad que se transmite está limitada en cuanto a las facultades que se otorgan al propietario y sobre todo al tiempo de duración de su titularidad; tal limitación es en el

caso del retracto convencional de carácter real.

c) Existe desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido, ya que siendo la finalidad que el acreedor goce de garantía real, en lugar de crear un derecho real de garantía recurren a la transmisión de la propiedad.

d) La posibilidad de abuso por parte del acreedor es evidente a juicio de este autor, aún siendo de carácter real el derecho que tiene el deudor, por cuanto si bien podrá recobrar lo suyo "es lo más probable que se le perjudique con mayores gastos para ello o como consecuencia de los actos materiales verificados por el tercero".

e) Por último el vendedor en este tipo de compraventa confía siempre en sí mismo al tiempo que lo hace en que podrá recuperar la finca en el plazo convenido.

La misma postura es mantenida por BADENES GASSET, quien afirma que aunque pudiera pensarse que la venta con pacto de retro encubridora de un préstamo es fraudulenta, hay que considerar en cada caso cuales han sido los impulsos que han guiado a los contratantes: "si el fin perseguido por la venta con pacto de retro es una proporcional garantía real al mutuo, estaremos ante un negocio jurídico válido, cuyo carácter es el de negocio jurídico fiduciario según proclaman las más autorizadas doctrinas y reciente jurisprudencia (50).

A ello se opone HERNANDEZ GIL al comentar la sentencia de 3 de Mayo de 1.944, entendiendo la inexistencia de carácter real en la obligación de retransmitir el negocio fiduciario, a diferencia de la compraventa con pacto de retro, aunque en ambos casos se hubiera perseguido finalidad de garantía (51). PUIG BRUTAU en base a que el vendedor queda provisto de una acción real de readquisición, en tanto que lo peculiar de la fiducia consiste en que el deudor queda solamente protegido por una pretensión personal de retransmisión frente al fiduciario adquirente, mantiene la misma postura. Se apoya para tal afirmación en la sentencia de 14 de Diciembre de 1.966 en la que el Tribunal Supremo dice que establecido un pacto de retro regulado en los artículos 1.506 y siguientes "es evidente que no concurren los requisitos que para la existencia del negocio fiduciario señalan las sentencias de 31 de Octubre de 1.955 y 14 de Marzo de 1.964 (52).

### 3.- CARACTERIZACION JURISPRUDENCIAL

Si se analiza la postura del Tribunal Supremo con respecto a este contrato se comprueba que es mayoritariamente favorable a su caracterización dentro del ámbito de la simulación, y en consecuencia a la declaración de inexistencia o de nulidad -según las sentencias- del negocio simulado y aplicación del disimulado.

Se observa asimismo la frecuencia de su consideración como negocios en fraude de ley en los supuestos en que la posibilidad



de retener definitivamente la cosa que estaba en garantía se convierte en principal causa del negocio.

Cabe distinguir, en cualquier caso tres posturas claras del Tribunal Supremo frente a la utilización del contrato con fines de garantía: negocio fiduciario, negocio lícito y negocio simulado.

#### A) Negocio fiduciario

Aunque a juicio de SAPENA (53) la naturaleza del negocio fiduciario se la atribuye el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de Marzo de 1.944 por primera vez, es en una sentencia de 28 de Enero de 1.946 donde la aborda con un mayor rigor técnico. Dice textualmente en su cuarto considerando: "aún considerando sin reservas que las transmisiones encubrieron una compleja operación de garantía, ora fuera por dificultades engendradas en defecto de la titularidad del que por esa razón no pueda prestarla o bien porque así quedase ultimada una operación que alejaba definitivamente el riesgo de que no se integrase el capital desembolsado, es innegable la naturaleza fiduciaria de este negocio con las consecuencias que de esa conceptualización dimanen; por eso no puede decirse que se trata de un negocio ficticio, puesto que se quiso y se concertó con todas sus consecuencias; ni de un negocio simple como es la simulación, puesto que en su esencia se componía de dos distintos, uno de transferencia y otro de garantía (contrato obligatorio y negativo según la doctrina más autorizada); y por tanto le conviene un

pronunciamiento de nulidad, bien radical (la que se decreta en el caso de simulación absoluta), bien relativa (como elemento de que sólo se reconozca la validez al contrato realmente querido bajo la máscara y figura del simulador), porque precisamente la fiducia pone al descubierto la intención de las partes, muestra la imposibilidad de impugnar por simulación un negocio que jurídicamente no puede calificarse de simulado, y lleva lógicamente a la conclusión de que la misma obligación que el fiduciario contrajo, supuesta la irrevocabilidad, del llamado en la técnica contrato real positivo, sólo podía exigirse en el tiempo y en modo que se convinieron"; añadiendo en el Sexto "que no cabe confundir el pacto de retroventa, ni el comisorio, con la reserva de una facultad de rescate obligada consecuencia de la fiducia ejercitable sin ninguna adición que pueda refutarse usuraria o leonina".

En la de 23 de Febrero de 1.951, sienta la siguiente doctrina: "No puede deducirse del artículo 1.261 y preceptos concordantes del Código Civil, que cualquier falta de adecuación entre la voluntad interna y la declarada, o bien cualquier incongruencia entre la causa expresa y la causa verdadera de la operación o, en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica perseguida, hayan de producir la ineficacia del negocio jurídico, doctrina la indicada de la que se sigue que no cabe confundir el negocio simulado con el fiduciario, porque aparte otras notas diferenciales, el primero es un negocio simple y se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que el segundo reviste una forma compleja y está integrado por

dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, que aunque se transfiere la plena titularidad de un derecho, el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante, una vez conseguido aquel fin económico..., no obsta a su validez, ya que al establecer el artículo 1.276 del Código Civil el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, exceptúa el supuesto de que estén fundados en otra verdadera y lícita".

Posteriormente en la sentencia de 14 de Diciembre de 1.966, el Tribunal Supremo entiende que no existe contrato fiduciario por no darse los requisitos necesarios, aun cuando la cosa haya quedado en manos del vendedor, satisfaciendo determinada cantidad en concepto de renta.

Por último y con una gran trascendencia, aparece la sentencia de 3 de Mayo de 1.976, en cuyo considerando Primero establece, que la figura contractual de la compraventa con pacto de retro que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta a encubrir negocios usurarios y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser semillero de fraudes y pleitos, tiene sin embargo su justificación en la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.255 del Código Civil y puede obedecer sin duda a razones perfectamente

respetables, compaginando por ejemplo la necesidad de vender, sin más complicaciones para disponer del precio, con la esperanza de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio en su situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral tipificado como tal en el artículo 1.507 del Código Civil; y por tanto lo procedente cuando el problema se plantea, es comprobar, por el resultado de la prueba, si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquel, valorando los hechos que demuestren ésta...".

Pasa el Tribunal Supremo a caracterizar luego la estructura fiduciaria cum creditorem: a) por la existencia de un contrato complejo integrado por otros dos interdependientes, uno real de transmisión plena del dominio, la compraventa con su correspondiente atribución eficaz "erga omnes", y otro obligacional válido entre partes que constriñe al comprador al uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate y consiguiente deber, en otro caso, de indemnizar daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiducia, que presta soporte también a la compraventa en función de garantía a los contratantes; b) por una evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido de mera garantía de un préstamo; y c) el uso de un medio indirecto para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica del préstamo con afianzamiento previsto en el ordenamiento

jurídico.

El caso de autos no puede encuadrarse según el Tribunal Supremo en esa categoría por no existir fiducia o confianza entre los contratantes, por no ser el vendedor prestamista habitual, por no existir usura (no es requisito esencial pero si frecuente en los negocios fiduciarios), y por no existir desequilibrio entre las contraprestaciones.

B) Negocio válido como tal compraventa con pacto de retro

En otras ocasiones el Tribunal Supremo establece la validez del negocio en su conjunto, como forma de constituir un préstamo con interés, sin que ello signifique especialidad o caracterización específica del mismo.

Así se expresa la sentencia de 9 de Abril de 1.941 en su primer Considerando: "... habiendo declarado sin embargo esta Sala que es lícito y válido dar el préstamo con interés, la forma de compraventa con pacto de retro y arrendamiento subsiguiente".

Posteriormente, la sentencia de 27 de Septiembre de 1.960 recoge, también en su primer considerando: "Que sí es lícito y válido dar el préstamo con interés la forma de compraventa con pacto de retro y subsiguiente arrendamiento de la cosa que garantiza la devolución de la cantidad prestada...".

Especialmente expresiva es la sentencia de 8 de Octubre de 1.981, recaída en un supuesto de aplicación del Derecho catalán. Señala el Tribunal Supremo que este negocio "... nació a falta de una organización hipotecaria, siendo una hábil forma de aseguramiento que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, y cuyo desarrollo se avenía con la forma patrimonial de los bienes permitiendo al propietario del patrimonio mediante "empenyament" obtener dinero cediendo fincas con la esperanza de recuperarlas y con aquel dinero obtener el pago de obligaciones hereditarias, generando así en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos como lo da a entender tanto el nombre de venta a carta de gracia originador de una venta pendiente del vendedor y la denominación empenyament, por evidenciarse en la experiencia práctica que muchos de esas enajenaciones significaban en realidad una prenda disfrazada de compraventa con lo que no cabe sino reconocer que el préstamo es en esencia la base fundadora de la compraventa a carta de gracia o empenyament definida en el artículo 326 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña; aprobada por ley de 21 de Julio de 1.960 como el derecho de redimir que el vendedor se reserva para adquirir lo vendido por el mismo precio de la venta ...; por consiguiente la compraventa de tal naturaleza no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentada en un préstamo, puesto que éste es lo que da la vida y configura, sin que pueda revelar causa falsa, sino la que en realidad se consideró por los contratantes ...".

### C) Negocio simulado

Es ésta la postura mayoritariamente adoptada por el Tribunal Supremo, si bien -tal y como se ha apuntado ya y como se observará con más detalle al analizar la postura jurisprudencial en caso de usura-, son muchas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo, dejando entrever esa caracterización, se limita a declarar la nulidad o validez del negocio en función de la condición de préstamo usurario.

Algunas de las sentencias que reflejan esta postura son las siguientes:

- sentencia de 6 de Febrero de 1.877 en la que declara la nulidad del contrato por considerarse simulado la venta de un molino que queda en posesión del vendedor en concepto de arrendamiento.

- sentencia de 10 de Julio de 1.930 en la que por el contrario, se declara la existencia de un verdadero contrato de compraventa... y no un contrato de préstamo encubierto". Lo mismo que ocurre en la de 14 de Enero de 1.936 tras aplicar "criterios más que jurídicos, prácticos, encaminados a investigar la verdad de los fines perseguidos... destruyendo las argucias y simulaciones...", y en la de 20 de Mayo de 1.936 en la que se declara la inexistencia de simulación "por cuanto que sería precisa la existencia de una declaración de voluntad ficticia (negocio aparente), que encubra un negocio jurídico real, válido

y lícito (negocio disimulado).

- En sentencia de 12 de Julio de 1.943, aparece esa postura ya apuntada de confundir la caracterización del negocio y su posible nulidad por simulación, con la de la declaración de nulidad por usura; así tras señalar que "no basta con sostener que el solo enunciado del contrato revela la simulación de un préstamo, pues la calificación de los negocios jurídicos exige un exámen más complejo ..". añade que "ley y jurisprudencia admiten en principio tal operación como un negocio lícito, entanto no se demuestre que envuelve una maniobra usuraria..".

- Igual ocurre con la sentencia de 7 de Febrero de 1.948, que en su sexto Considerando dice "... se trata de un contrato simulado en el que en realidad predomina el carácter de préstamo sobre el de compraventa y al que es aplicable lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 1.903".

- Más clara es la sentencia de 14 de Diciembre de 1.949 que en su segundo Considerando señala textualmente: "Que aún existiendo simulación relativa en el contrato de compraventa con pacto de retro por encubrir un verdadero negocio de préstamo, ni éste es usurario ni se mantenía viva la acción de nulidad...".

- En sentencia de 8 de Marzo de 1.957, el Tribunal Supremo entiende en el Considerando primero que la verdadera voluntad de los contratantes "fue realizar un contrato de préstamo aunque encubierto por la forma de una compraventa con pacto de



retroacción" que el Juez de 1ª Instancia había declarado inexistente por simulación. Y lo mismo mantiene en la de 28 de Mayo de 1.957 en la que teniendo en cuenta "la intención de los contratantes, ... así como sus actos coetáneos y posteriores, se deduce que las citadas fincas no salieron nunca del poder del simulado vendedor".

- En la de 15 de Octubre de 1.964, tras casar la sentencia recurrida, procede en los considerandos de la segunda sentencia a "declarar la nulidad por simulación de la escritura pública de compraventa con pacto de retro... siendo válido el préstamo subyacente en que la referida compraventa servía de garantía".

- Por último, la sentencia de 5 de Julio de 1.982 declara la realidad del préstamo con garantía inmobiliaria y no de la real y efectiva compraventa con pacto de retro, "toda vez que conforme tiene reiteradamente declarado este Tribunal, las relaciones jurídicas apreciables son las que se revelan de lo realmente querido por las partes y no por las fórmulas exteriores que se hayan dado"; al considerarlo préstamo y no compraventa, la finca objeto del contrato no salió nunca del patrimonio de la sociedad propietaria, y forma parte de la masa activa de la suspensión de pagos.

#### IV.- CON FINES DE USURA

## 1.- INTRODUCCION-REQUISITOS

Utilizada la compraventa con pacto de retro como garantizadora de un préstamo, ha sido frecuente su aparición ante los Tribunales por motivos de usura.

Encubiertos bajo la apariencia de una compraventa, los prestamistas facilitaban dinero a quienes atravesaban situaciones económicamente difíciles, mediante la adquisición de sus fincas. Por poco dinero (el dado en préstamo), se hacían con propiedades de valor muy superior que quedaban definitivamente en su poder si el deudor no podía recuperar lo percibido, lo que ocurría con bastante frecuencia. El deudor, acuciado por la necesidad, aceptaba este tipo de préstamo con la esperanza de recuperar lo vendido: "existe el peligro indicado de que un usurero utilice este recurso para prestar dinero a quien juzga imposible o difícil que pueda devolvérselo, con lo que adquirirá a bajo precio el dominio de alguna cosa en forma más ventajosa que si prestase el dinero con garantía hipotecaria" (56).

Tales fueron los abusos, que se estableció la doctrina de considerar pignoraticio y usurario el contrato de compraventa con pacto de retro en el que concurrieran:

- modicidad excesiva en el precio,
  - habitualidad del comprador en ese tipo de contratos
- (57).

SAPENA examina detenidamente los indicios indicadores de la utilización de la venta con pacto de retro encubriendo un préstamo que además es usurario (58):

- la forma: cuando revista complejidad abarcando pactos de devengo de interés, de arriendo, de prohibición de transformaciones, o cualquier otro parecido, fácil es sospechar la irregularidad de lo convenido;

- la tradición de la cosa: cuando se suprime, plantea la duda de la existencia del contrato, por cuanto ningún beneficio obtiene el comprador si no es la garantía de recuperar con creces lo obtenido.

- el pacto de intereses: cuando exista de forma encubierta como renta a cargo del vendedor-arrendatario, inducirá a presumir la inexistencia de una simple compraventa, por cuanto no se comprende que el dinero entregado a cambio de una cosa devengue interés, a menos que no exista tal cambio.

- precio injusto: cuando se fija muy por debajo de su valor.

A través de estos indicios añade SAPENA -que no pueden ofrecerse como regla matemática-, deberá el Juzgador averiguar si la intención de las partes era vender (compraventa) o si se trata solamente de una capa formal que encubre otra realidad (préstamo encubierto que puede ser usurario o no).

También PLANIOL da su catálogo de indicios para determinar si se trata realmente de una compraventa o de "un contrato pignoraticio":

- precio vil en relación con el valor real de la cosa,
- frecuencia de estas compras efectuadas por una misma persona,
- inmediato arrendamiento de nuevo al vendedor, que hace suponer que solamente ha querido adquirir un derecho que le permite impedir las formas complicadas que la ley exige para la realización o restitución de la hipoteca o prenda (58).

El Tribunal Supremo, en base a lo establecido por la Ley de Represión de la Usura de 23 de Julio de 1.908 llamada Ley Azcarate en su artículo 1º, y como consecuencia de la asimilación al contrato de préstamo que esta ley hace en su artículo 9º de cualquier "otra operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido", atendía, para la calificación de una compraventa con pacto de retro como usurario a los siguientes elementos:

- interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulte aquel leonino;

- aceptación por parte del prestatario debida a su situación angustiosa, a inexperiencia, o a lo limitado de sus facultades mentales;

- declaración de haber entregado mayor cantidad que la realmente entregada.

En cualquier caso y en la misma línea defendida por SAPENA y MANRESA (60) la citada ley recoge en su artículo 2º una facultad en favor de los Tribunales para que, en cada caso "formen libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes", y con independencia de la concurrencia o no de los requisitos por ella establecidos.

En el análisis pormenorizado de la jurisprudencia existente sobre la postura del Tribunal Supremo en relación a este tema, se encuentran reiteradas apelaciones a esa libertad de formarse un criterio, y a la imposibilidad de buscar fórmulas matemáticas e iguales para todos los casos.

## 2.- JURISPRUDENCIA

### A. Concurrencia requisitos de la Ley de Represión de la Usura

El Tribunal Supremo mantiene en este tema una postura unitaria en la que alternativamente se refiere a la concurrencia

de los requisitos establecidos en la Ley Azcárate, y a la libertad de criterio y de juicio ante determinadas circunstancias.

Siendo esas las dos líneas básicas observadas en el estudio jurisprudencial de la calificación de usurero del contrato de compraventa con pacto de retro, las sentencias recogidas, aparecen separadas en esos dos grandes, que no contrapuestos grupos.

Primero: sentencias en las que se recoge la concurrencia de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura.

La sentencia de 19 de Julio de 1.922 entendió que no podía calificarse de usurero una compraventa con pacto de retro en la que se había establecido una cláusula que obligaba a la celebración de una pública subasta en caso de incumplimiento, con la consiguiente devolución de la diferencia entre lo recibido por la venta y lo obtenido por la subasta, a los vendedores.

Posteriormente, el 25 de Octubre de 1.924, el Tribunal Supremo entendió que sí merecía tal calificación una compraventa con pacto de retro de unas fincas por valor muy inferior al real, afirmando en su tercer considerando que "la Ley de 23 de Julio de 1.908 para reprimir especulaciones en que el contrato de simple préstamo era utilizado por usureros despiadados en perjuicio de los deudores precipitándoles frecuentemente a la ruina,... y

atento a su objeto, el legislador de 1.908 autorizó que pudiera ser anulada toda convención, en que se hubiera pactado interés notablemente superior al normal del dinero o en que las circunstancias del convenio fueran motivo para cohibir o violentar la aceptación del prestatario...", añadiendo en su considerando 4º "que en la sentencia recurrida, el Tribunal conforme a las prescripciones de los artículos 1, 2 y 9 de la Ley de 23 de Julio de 1.908 ha declarado que el contrato que sirvió de fundamento a la acción, se había aceptado por el prestatario inconsciente y abatido, recibiendo una cantidad inferior a la estimación pericial de las fincas, contrato cual debe reputarse préstamo usurario y le declara nulo en la parte que no ha acreditado entrega de cantidad del confesado supuesto precio al en realidad prestado".

En sentencia de 13 de Octubre de 1.934, el Tribunal Supremo, tras declarar que "bien se exprese que se trata de un préstamo usurario de los que comprende la ley que regula esta materia o se pretenda desfigurar la existencia real de este contrato para darle apariencia legal de otro distinto, como es el de compraventa con pacto de retro, tal maquinación de nada valdría si se acredita que el contrato celebrado tiene las características especiales que señala el número 1 de la antedicha Ley de 23 de Julio de 1.908", declara la validez del contrato celebrado en cuanto "no se observan ni en su aspecto interno, ni en el formal, los requisitos necesarios para hacer esa estimación, porque aceptando a efectos polémicos el interés del 6% que se estipuló en forma de precio de arrendamiento, o si se

quiere que sea de interés que para el caso es lo mismo, no puede en modo alguno considerarse superior al normal del dinero; y esto unido a que no se ha acreditado que concurra ninguno de los otros requisitos que la Ley mencionada exige para que se considere usurario el negocio, es indudable que los contratos celebrados están fuera del alcance de la Ley".

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 9 de Abril de 1.941, al afirmar que para la aplicación de la Ley se ha "de atender al momento de su celebración y apreciarse si concurren los requisitos del artículo 1 de la Ley", que no es aplicable en este caso por cuanto a la situación angustiosa del prestatario se deben unir otras circunstancias que la propia Ley menciona".

En parecidos términos se expresa el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Julio de 1.943 al señalar que "si bien no es necesario para que un contrato deba ser declarado nulo como usurario que existan conjuntamente todos los requisitos contenidos en el artículo 1 de la Ley (basta un interés superior al normal y manifiestamente desproporcionado), es necesario relacionar el interés con el importe del préstamo y los riesgos que corre el prestamista".

En sentencia de 31 de Marzo de 1.944, considera sin embargo suficiente la concurrencia de la circunstancia de haberse recibido menor cantidad de la que se dice "con independencia de las demás", para entender aplicable las sanciones establecidas por la propia Ley.



La inexistencia de los requisitos del artículo 1 de la Ley, hace que el Tribunal Supremo niegue el carácter de usurario en sentencias de 16 de Abril de 1.947, 14 de Diciembre de 1.949, 23 de Marzo de 1.957 en la que textualmente se señala: "... por la sencillez de su expresión y la claridad de sus cláusulas no cabe interpretarlo sino por su sentido lógico y literal, y como a todo lo largo del proceso no se ha probado que se hubieran pactado ni reclamado intereses, ni se ha alegado haber percibido intereses, ni se ha alegado haber percibido el vendedor menor cantidad de la expresada en la Escritura Pública, sino por el contrario, confiesa haberla percibido íntegra, ni se ha justificado la existencia de dolo civil mediante maquinaciones para inducirle a otorgar una Escritura Pública que de otro modo no hubiera otorgado..."; asimismo las sentencias de 12 de Abril y 4 de Junio y 30 de Octubre de 1.957, las de 6 y 12 de Marzo de 1.958, 7 de Marzo de 1.959 y 19 de Junio de 1.962.

Esta última sentencia de 19 de Junio de 1.962, viene a confirmar la postura del Tribunal Supremo de no exigir la concurrencia de todos los requisitos de la ley de 1.908, para poder calificar como usurario un contrato de compraventa con pacto de retro: "... por ser menor la cantidad entregada que la expresada, sin necesidad de que concurren los otros requisitos de la Ley de Usura..."; en la sentencia de 8 de Octubre de 1.981, sin embargo, el Tribunal Supremo afirmó la necesidad de que concurriera un interés desproporcionado o excesivo con la situación angustiosa del prestatario que le obligue a aceptar aquel.

La sentencia de 25 de Julio de 1.982, viene a recoger una vez más, y en los mismos términos, los requisitos de la Ley de 1.908.

B) Libre apreciación de los Tribunales

La imposibilidad de aplicación matemática de estos requisitos llevó a la propia Ley de 1.908 a conceder a los Tribunales una cierta libertad en la apreciación de lo que ella misma establecía, que ha sido reiteradamente utilizada por éstos.

Así, la sentencia de 25 de Octubre de 1.924 señala en su tercer considerando "que la Ley de 1.908 ... proveyó a los Tribunales de facultad que les permitiera, desentrañando las convenciones sometidas a su decisión, invalidar aquellas prestaciones que constituyeran intrínsecamente infracción de los preceptos de dicha Ley...", añadiendo que "autorizó a los Tribunales para que utilizaran las omnímodas facultades respecto a toda operación sustancialmente equivalente a préstamo de dinero, cualesquiera que fueran las formas que revistiera el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido...".

Esta libre apreciación no sólo corresponde al Tribunal Supremo sino a todos los tribunales; en ese sentido se expresa la sentencia de 10 de Julio de 1.930 al afirmar "que correspondiendo a este Tribunal Supremo, al igual que a los Tribunales de Instancia, la facultad de resolver en los casos que conozca de la

aplicación de la Ley de 23 de Julio de 1.908, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes...".

La sentencia de 14 de Enero de 1.936, además de seguir la línea de la anterior, reclama para los tribunales unas facultades de decisión y apreciación de valor superior incluso, a lo probado mediante documento público y, por supuesto, privado: "... que conforme a los preceptos de la Ley de 1.908, los tribunales de Instancia, al apreciar las pruebas articuladas, han de proceder con un criterio más que jurídico práctico, encaminado a investigar la verdad a los fines perseguidos por la mencionada en su letra, y más aún en su espíritu, destruyendo las argucias y simulaciones que hayan podido emplearse, incluso prescindiendo de las reglas jurídicas que puedan limitar la libre apreciación, como son aquellas que fijan el valor de los instrumentos públicos y los que exigen que los documentos privados hayan de estar reconocidos por las partes a que perjudican para que puedan surtir efecto en juicio...".

Igual de tajante resulta el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de Febrero de 1.948 al afirmar que "al concurrir circunstancias que no son las usuales y características del contrato de compraventa ... es aplicable lo dispuesto en el artículo 2 de la ley de 1.908...".

Posteriormente, en sentencia de 3 de Mayo de 1.976, el Tribunal Supremo recoge la postura crítica existente ante el pacto de retro unido a una compraventa, en base a la facilidad de

que pueda "encubrir negocios usurarios y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado", aduciendo sin embargo que ello no ha de ser motivo suficiente para adoptar "una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral tipificado como tal en el artículo 1.507 del Código Civil, siendo lo procedente valorar " los hechos que demuestren la verdadera intención de las partes al suscribir el contrato".

En esta línea de libertad de criterio del juzgador para determinar el carácter usurario o no de un préstamo, se encuentran las sentencias de 7 de Marzo y 20 de Junio de 1.986 y la de 11 de Febrero de 1.989 con referencia expresa a una compraventa con pacto de retro.

### 3.- DOCTRINA

Se han hecho reiteradas alusiones a las numerosas críticas recibidas por este contrato de compraventa con pacto de retro, por la posibilidad, frecuente por otra parte, de que tras él se escondiera un préstamo usurario (61).

SAPENA al caracterizar este contrato como un ejemplo de fiducia, entiende que no podrá calificarse de usurario hasta que no se haya producido el incumplimiento y el deudor haya dejado de pagar, por cuanto hasta entonces no se la habrá infringido ningún daño (62); añadiendo que si bien en principio esa misma situación

parece producirse en la hipoteca, la prenda o la anticresis, donde el deudor también entega en garantía algo de valor muy superior al monto de sus obligaciones, no es tal por cuanto que en caso de falta de pago, el deudor recibirá el sobrante del precio obtenido en la subasta; concluye diciendo "todo lo cual, nos conduce a calificar de usurario al negocio complejo, precisamente por la fiducia en garantía, cuando el valor de la fiducia vendida a carta de gracia tenga tal desproporción con el importe de la deuda que rebase el límite impreciso de la usura, quedando en manos de los tribunales determinar cuando se pasa de la desigualdad lógica y necesaria, a la desproporción, al ser imposible fijar a priori normas de carácter general". Y termina con un deseo "que los jueces sigan el camino que el Tribunal Supremo nos ha trazado, dejando la comodidad que representa atender solamente a lo externo para bucear en la médula del conjunto, para averiguar qué es lo que se oculta tras aquella sencilla venta o aquel conjunto en el que para nada se menciona el préstamo que lo motiva" (63).

En cualquier caso, los abusos a que puede dar lugar esta institución proceden no de ella sino de las múltiples causas que fomentan la usura no siendo ello razón suficiente para preconizar la desaparición de esa institución (64). Ya la propia Exposición de motivos de la Comisión de Códigos al Proyecto de la ley Hipotecaria decía con respecto a la hipoteca: "si en España no se ha publicado como en el vecino imperio un libro sobre el peligro de prestar con hipoteca puede asegurarse que hay muchos contratos que, siendo en rigor por la voluntad de los contratantes

préstamos con hipoteca, se han otorgado como ventas con pacto de retro, dándose lugar al escándalo de que bajo el nombre de un contrato lícito tenga fuerza el pacto comisario prohibido por las leyes".

"Sabido es que en ocasiones -dice BADENES GASSET reproduciendo literalmente a MANRESA el interés de las ventas con pacto de retro ha sido usurario, pero ello no puede servir de argumento de censura para la institución porque también ocurre lo mismo en las hipotecas y en los préstamos personales, sin que por ello se haya pensado en borrar el préstamo como figura contractual" (65).

Lo que hay que hacer, a juicio de CASTAN (66), es "reglamentar las condiciones en las cuales sana e impedir en lo posible aquellas otras en las que mata". Sin que sea una buena medida para BORRELL Y SOLER (67) la reducción del plazo para poder recobrar la cosa vendida, manteniendo que si el pacto de retro ha de tener utilidad social conviene que se conserve la primitiva finalidad de que el vendedor recupere la cosa y que se le den facilidades para ello, siendo la reducción del plazo algo contraproducente. La misma opinión tenía OTTO Y CRESPO (68) para el que el establecimiento del plazos en el ejercicio del retracto fomentaba la usura, dado que el vendedor no tenía tiempo bastante de recuperar el dinero suficiente para el ejercicio de su derecho de retracto.

Otra solución, apuntada esta vez por ROYO Y MURCIANO (69) era

la de establecer una cláusula en los contratos de este tipo en la que se estableciera la obligación de elegir dos peritos que determinaran el valor de la cosa, "justificando de ese modo el mayor o menor valor que tuviere".

## NOTAS AL CAPITULO CUARTO

(1) CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 19.

(2) BADENES GASSET "El contrato de compraventa", Tomo II, Barcelona 1.979, página 913.

(3) CASTAN "Derecho Civil español, común y foral", Tomo IV, Madrid 1.986, página 167.

BADENES GASSET op. cit. página 913.

BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código Civil español", Barcelona 1.952, página 248.

(4) GUTIERREZ FERNANDEZ "Retrotraer", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.878, Tomo 52, página 612.

(5) O'CALLAGHAN, RAMON "Derecho Canónico según el orden de las decretales de Gregorio IX", 1.899, Tomo III, página 313.

(6) COBO SAENZ "Tratamiento del derecho de propiedad y los contratos en los documentos pontificios de los siglos XVII al XIX, Revista de Actualidad Civil 12/89.

(7) ROYO Y MURCIANO "Las cartas de gracia, como son y como deben considerarse", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.860, Tomo XVII, página 919.

(8) SAPENA "Actualidad de la fiducia cum creditore", Revista de Derecho Notarial, 1.957, Tomos 17 y 18, página 125 y siguientes.

(9) SANTAMARIA "Algo sobre el contrato de venta a retro", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.908, Tomo 113, página 68.

(10) MANRESA-BLOCH "Comentarios al Código Civil español", Tomo X, volumen 1, Madrid 1.969, páginas 431 y 432.



- (11) SAPENA op. cit. página 145
- (12) SCHULZ "Derecho Romano Clásico", Traducción española de Santa Cruz Teigeiro, Barcelona 1.960, página 395 a 398.
- (13) PARES "Empenyament", Revista Jurídica de Cataluña, 1.911, página 440.
- (14) ALBALADEJO "Derecho Civil", Tomo III, Volumen 2, Barcelona 1.983, página 232.
- (15) SAPENA op. cit. página 157.
- (16) SAPENA op. cit. página 202 y siguientes.
- (17) DE CASTRO "El negocio jurídico", Madrid 1.967, página 329 y siguientes.
- (18) O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo I, Madrid 1.986, página 354.
- (19) DE CASTRO op. cit. página 755.
- (20) ALBALADEJO op. cit. Tomo I, Volumen 2, Barcelona 1.985, página 243.
- (21) VERDERA TUELLS "Algunos aspectos de la simulación", Anuario de Derecho Civil, Tomo III, 1.950, página 27
- (22) LUNA SERRANO "Elementos de Derecho Civil de Lacruz Berdejo", Tomo II, Volumen 2, Barcelona 1.987, página 108.

A ello se opone ALBALADEJO op. cit. página 246 afirmando que la discrepancia existe entre declaración y voluntad, con independencia de que ésta coincida o no con otra declaración.

- (23) O'CALLAGHAN op. cit. página 355.
- (24) O'CALLAGHAN op. cit. página 355

CARCABA FERNANDEZ "La simulación en los negocios jurídicos", Barcelona 1.986.

Sentencia de 24 de Febrero de 1.986: "Lo apreciado como

existente es un contrato absolutamente simulado, que como de tal índole carece de existencia"; otra sentencia, de igual fecha, señala: "Los contratos absolutamente simulados, y por lo mismo inexistentes..."; sentencia de 16 de Abril de 1.986.

(25) ALBALADEJO op. cit. página 248.

O'CALLAGHAN op. cit. página 355.

Entre las sentencias más recientes lo señalan las de 12 de Noviembre de 1.985, 26 de Mayo, 14 de Octubre y 24 de Noviembre de 1.986.

(26) ALBALADEJO op. cit. página 245.

(27) DE CASTRO op. cit. páginas 355 y 356.

ALBALADEJO op. cit. página 251.

O'CALLAGHAN op. cit. página 356.

Sentencias de 19 de Noviembre de 1.960, 28 de Febrero de 1.974 y 30 de Abril de 1.986.

(28) ALBALADEJO op. cit. página 289 y Tomo II, Volumen 1, Barcelona 1.980, página 183

(29) LACRUZ "Elementos de Derecho Civil", Tomo II, Volumen 2, Barcelona 1.987, página 108.

(30) ALBALADEJO op. cit. Tomo I, volumen 1, página 191.

(31) PUIG BRUTAU Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, volumen 1, Barcelona 1.978, página 539.

(32) ALBALADEJO op. cit. Tomo I, Volumen 1, página 189.

(33) ALBALADEJO op. cit. Tomo I, Volumen 2, página 279.

(34) RUBINO "El negocio jurídico indirecto", traducción L. Rodriguez Arias, Madrid 1.953, página 25.

(35) PUIG BRUTAU op. cit. página 537.

(36) DE CASTRO op. cit. página 448 y siguientes

(37) ALBALADEJO op. cit. Tomo I, volumen 2, página 288.

(38) ENNECCERUS "Tratado de Derecho Civil" de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, traducción española anotada por PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Barcelona 1.971, Tomo I, volumen 2, página 81 y Tomo I y Volumen 2, Barcelona 1.981, página 110.

(39) ALBALADEJO op. cit. página 294.

(40) PUIG BRUTAU op. cit. página 500.

(41) JORDANO BAREA "Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto" Revista de Derecho Privado 1.958, página 831

Posteriormente, este autor en una trayectoria similar a la de ALBALADEJO ha pasado a formar parte de la doctrina que no admite la existencia del negocio fiduciario (mandato para adquirir y titularidad fiduciaria anuario de Derecho Civil 1.983, página 1.435.

(42) SAPENA op. cit. página 164 y siguientes.

(43) NAVARRO MARTORELL "Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios", Revista de Derecho Privado 1.950, página 237 y 238.

(44) DE CASTRO op. cit. página 407.

(45) ALBALADEJO "El negocio jurídico" Barcelona 1.958, página 225.

"Derecho Civil", op. cit. Tomo I, Volumen 2, página 296.

(46) O'CALLAGHAN op. cit. página 343

(47) PUIG BRUTAU op. cit. página 484.

(48) BATLLE VAZQUEZ "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo I, Madrid 1.978, página 113.

(49) SAPENA op. cit. página 168 y siguientes.

(50) BADENES GASSET op. cit. página 919.

(51) HERNANDEZ GIL En su comentario a una sentencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 1.945 página 701-704.

(52) PUIG BRUTAU op. cit. página 506.

(53) SAPENA op. cit. página 170.

(54) Vid infra. Apartado 4, ("Con fines de usura") de este capítulo.

(55) DE CASTRO op. cit. página 407.

(56) BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código español", Barcelona 1.952, página 247.

(57) PARES "Empeyorament", Revista Jurídica de Cataluña 1.911, página 440.

(58) SAPENA "Actualidad de la fiducia cum creditore", Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre de 1.957, página 148.

(59) PLANIOL "Derecho Civil francés", Tomo X, página 203.

(60) SAPENA op. cit. página 150.

(61) SANTAMARIA "Algo sobre el contrato de venta a retro", Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.908, Tomo 113, página 68.

MANRESA "Comentarios al Código Civil español", Tomo X, Volumen 1, Madrid 1.969, página 433.

(62) SAPENA op. cit. página 207.

En este sentido la sentencia de 2 de Marzo de 1.936 afirma que "no hay elementos suficientes para afirmar que concurren en él, los requisitos exigidos en el artículo 1 de dicha Ley hasta que no se practique la oportuna liquidación...".

(63) SAPENA op. cit. página 210 y 212.

(64) CASTAN op. cit. Tomo IV, Madrid 1.986, página 168.

MANRESA op. cit. página 430.

(65) BADENES GASSET op. cit. página 915.

(66) CASTAN op. cit. página 167.

(67) BORRELL Y SOLER op. cit. página 248.

(68) OTTO Y CRESPO "Del retracto convencional", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo XXI, 1.862, página 240.

(69) ROYO Y MURCIANO "De la carta de gracia", Tomo XVIII 1.861, página 714.

## CAPITULO QUINTO

### SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO CONVENCIONAL Y EN EL RETRACTO VOLUNTARIO

#### PRIMERA PARTE. SUJETOS DEL RETRACTO CONVENCIONAL

##### I.- REFERENCIA A LOS SUJETOS EN LOS DERECHOS REALES

##### II.- SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO CONVENCIONAL

###### 1. SUJETO ACTIVO

A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar  
limitada

B) Capacidad de obrar complementada

C) Falta de capacidad de obrar

## 2. SUJETO PASIVO ESPECIAL

### III.- SUJETO ACTIVO O RETRAYENTE

#### 1. SUPUESTO HABITUAL

#### 2. ACREEDORES

A) Artículo 1.512 del Código Civil

B) Artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria

#### 3. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS

A) Venta conjunta artículos 1.514 y 1.515 del  
Código Civil

B) Vendedor único al que suceden varios herederos  
(artículo 1.514.2 del Código Civil)

C) Venta separada (artículo 1.516 del Código Civil)

#### IV.- SUJETO PASIVO

1. SUPUESTO HABITUAL

2. TERCEROS ADQUIRIENTES (ARTICULO 1.510 DEL CODIGO CIVIL)

A) Bienes inmuebles

B) Bienes muebles

3. ARTICULO 1.513 DEL CODIGO CIVIL

4. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS (ARTICULO 1.517 DEL CODIGO CIVIL)

#### SEGUNDA PARTE. SUJETOS DEL RETRACTO VOLUNTARIO



## I.- INTRODUCCION

## II.- CAPACIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO VOLUNTARIO

### 1. SUJETO ACTIVO

A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada

B) Capacidad de obrar complementada

C) Falta de capacidad de obrar

### 2. OFERENTE EN EL PRECONTRATO DEL DERECHO DE RETRACTO

A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada

B) Capacidad de obrar complementada

C) Falta de capacidad de obrar

### 3. TERCER ADQUIRENTE Y SUJETO PASIVO ESPECIAL

A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada

B) Capacidad de obrar complementada

C) Falta de capacidad de obrar

### III.- SUJETO ACTIVO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

1. SUPUESTO HABITUAL

2. ACREEDORES

3. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS

A) Intervención conjunta en el precontrato

B) Sucesión a título universal o particular

### IV.- PARTE OFERENTE DEL RETRACTO VOLUNTARIO EN EL PRECONTRATO

1. SUPUESTO HABITUAL

2. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS

V.- SUJETO PASIVO

1. SUPUESTO HABITUAL

2. PLURALIDAD DE SUJETOS

## PRIMERA PARTE. SUJETOS DEL RETRACTO CONVENCIONAL

### I.- REFERENCIA A LOS SUJETOS EN LOS DERECHOS REALES

El estudio de los sujetos en el retracto convencional y en el retracto voluntario pasa por una necesaria referencia a los sujetos de los derechos reales en general (1).

Tradicionalmente, como ya se mencionó en la Introducción, ha sido esta cuestión de los sujetos la que, junto con el poder directo e inmediato que sobre la cosa concede el derecho real, se ha venido utilizando para configurar los derechos reales, y simultáneamente, para distinguirlos de los derechos de crédito.

Frente al derecho de crédito en el que el sujeto activo y el sujeto pasivo están individualizados y son determinados, o cuando menos, determinables, en los derechos reales existe un único sujeto, o pluralidad de ellos (copropiedad, cotitularidad), el sujeto activo, el titular persona física o jurídica, que tiene el señorío total o parcial sobre la cosa objeto del derecho.

Tal señorío sobre la cosa condujo a lo que se ha dado en llamar concepción clásica de los derechos reales, a caracterizar estos derechos como aquellos en los que existe una relación entre

persona y cosa, sin necesidad de intermediario alguno.

Así lo entendió RUGGIERO definiendo los derechos reales como "aquellos que atribuyen al titular un señorío ... ejercitándose en toda su extensión sobre la cosa sujeta al poder de la persona ..." (2).

Frente a esta teoría, la concepción obligacionista o personalista no ve posible la existencia de relación de derecho entre persona y cosa, contemplando al derecho real desde el punto de vista negativo de la obligación pasiva que se impone a todo el mundo.

La llamada teoría personalista u obligacionista incluyó en los derechos reales, además del sujeto activo, la existencia de un sujeto pasivo, entendiendo por tal la colectividad o resto de personas a las que se les exige un deber de respeto y de abstención de realizar cualquier acto que pudiera perturbar al titular del derecho real.

Muchos autores incluyen ese sujeto pasivo a la hora de definir los derechos reales. Así para SANCHEZ ROMAN: "Es la facultad correspondiente a una persona sobre una cosa específica y sin sujeto pasivo individualmente determinado " (3).

Sin embargo, esa posibilidad de exigir respeto y abstención de la colectividad existe en todo derecho, porque todo derecho subjetivo ha de ser reconocido por los demás; ese deber no

constituye una obligación integrante de un patrimonio (4), se trata más bien de "un deber más público que privado, de respetar el derecho subjetivo -sea constitutivo de derecho real o no- cuya titularidad corresponde a otro sujeto" (5).

En la actualidad y tras un intento de negar toda oposición entre derechos reales y obligaciones (6), existe una concepción intermedia para la que en el derecho real se produce un poder del titular sobre la cosa (elemento interno), y un deber de los terceros de no invadir dicha esfera de poder (elemento externo), lo que no es suficiente para calificarlos de sujetos pasivos del derecho real. Ambas notas (inmediatividad y absolutividad) aparecen en las definiciones de derecho real:

- DE DIEGO: "Poder o señorío sobre una cosa ... frente a todos los demás hombres" (7).

- ROCA SASTRE: "Derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa ... protegido frente a todos, sin necesidad de intermediario alguno individualmente obligado" (8) y que asimismo impone a todos un deber de respeto o abstención.

En todo derecho real, por tanto, existe un único sujeto activo o persona física o jurídica que ostenta el poder directo e inmediato sobre la cosa, bien de forma total (derecho real pleno), bien de forma parcial (derecho real en cosa ajena).

Este sujeto activo no siempre será una persona individualmente determinada, sino que podrá ser una persona a determinar por su relación con la cosa; en el primer caso será un sujeto subjetivamente personal, y en el segundo, subjetivamente real (caso de retracto legal y del retracto voluntario que posteriormente serán objeto de análisis).

Junto a este sujeto activo, en los derechos reales en ocasiones, y en general en todos los derechos reales limitativos del dominio (9), podrá aparecer una persona especialmente obligada, una persona sobre la que gravan especiales deberes de conducta; un sujeto pasivo determinado por la cosa, y por tanto un sujeto pasivo variable, que cambia con la titularidad de la cosa (10).

## II.- SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO CONVENCIONAL

### 1. SUJETO ACTIVO

Caracterizado el retracto convencional como un derecho real de adquisición, no cabe sino, en principio, aplicar lo dicho para

los derechos reales en general.

En todo retracto convencional aparece como sujeto básico e indiscutible el sujeto activo, el titular del derecho de retracto, aquel que por la especial configuración del negocio creador del retracto convencional, sólo puede ser quien aparezca como vendedor en el contrato de compraventa al que va unido o quien haya sucedido a título universal o particular a ese vendedor.

El vendedor que por un precontrato se convierte en titular de un derecho de volver a recuperar para su patrimonio la cosa que con esa transmisión anterior sale del mismo, es el sujeto activo del retracto convencional, la persona que, cumpliendo las condiciones pactadas en el negocio creador del retracto convencional (en el precontrato unido a la compraventa), podrá exigir al comprador la "retransmisión" de la cosa.

No hay restricciones en principio para ostentar la titularidad de los derechos reales de adquisición, señala GARCIA CANTERO, pueden ser titulares tanto las personas físicas como las jurídicas; designadas bien de modo inmediato con nombre y apellidos, bien mediata o indirectamente determinados (11).

En ese sujeto activo del derecho real de adquisición suele coincidir por la especial configuración de este derecho, el hecho de ser una de las partes del negocio creador (precontrato), y el de ser parte en el contrato de compraventa al que va unido. No se



trata de que el sujeto activo del retracto convencional haya de tener esa capacidad para ser sujeto activo, sino que por coincidir en la persona del sujeto activo el papel de vendedor y comprador, o sólo éste último (cuando se es sujeto activo por sucesión universal por ejemplo), habrá de tener la capacidad necesaria para desempeñarlos.

El supuesto habitual es que el sujeto activo sea vendedor en una primera instancia, y comprador en la segunda, por lo que habrá de ser lógicamente capaz para celebrar la compraventa, es decir, habrá de tener la correspondiente capacidad de obrar, bien plena bien limitada.

A)- Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada

La capacidad de obrar plena la tiene el mayor de edad no incapacitado, que a tenor del art. 322 del Código Civil "es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en este Código Civil".

La persona, física o jurídica que tenga capacidad de obrar plena, por ser mayor de edad y por estar en condiciones psíquicas (de voluntad y entendimiento) adecuadas, podrá vender primero, celebrar simultáneamente el precontrato, y luego, si ejercita el retracto convencional comprar, libremente y por sí mismo.

En ciertas ocasiones existirán limitaciones de carácter administrativo que exigirán para vender determinados bienes la

debida autorización (licencias, patentes ...).

En el supuesto de que el vendedor esté casado en régimen de gananciales, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para vender, y posteriormente para retraer (artículo 1.377 del Código Civil). Los bienes retraídos serán gananciales si el derecho de retracto tuviera ese carácter, y aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho (artículo 1.347 4º del Código Civil). Si el derecho de retracto fuera privativo, también lo serán los bienes que se adquirieran con su ejercicio (artículo 1.346, 4º del Código Civil).

En ese sentido se expresa la Resolución de 31 de Diciembre de 1934 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien con referencia a unas disposiciones distintas que atribuían al marido la administración de la sociedad (artículo 1412). Se trata de un supuesto en el que el derecho de retrato había sido adquirido estando casado el retrayente, por lo que el tal derecho pasaba a formar parte de la sociedad de gananciales. Muerto el cónyuge, el retrayente intentaba ejercitar por sí sólo el derecho de retracto, lo que a juicio del Registrador no era posible por no haber sido adjudicado expresamente ese derecho al liquidar la sociedad de gananciales de la que formaba parte.

Asimismo, podrán celebrar la venta con pacto de retro y el precontrato aquellas personas que, sin tener plena capacidad de obrar por cualquier causa, pueden, dentro del ámbito de capacidad

que se les ha permitido (por la sentencia de incapacitación o de declaración de prodigalidad por ejemplo), disponer de sus bienes o gravarlos.

**B)- Capacidad de obrar complementada**

Se trata de aquellos supuestos en los que la persona en cuestión tiene la capacidad de obrar limitada. o está incapacitada pero no totalmente, y necesitan para la realización de determinados actos el complemento de los padres o del curador:

- Menor emancipado (artículos 286.1, 323 y 324 Código Civil).
- Favorecido con el beneficio de la mayor edad (artículo 286.2)
- Declarado pródigo (artículos 286.3 y 298 del Código Civil).
- Incapacitados cuya sentencia de incapacitación no ha decretado su incapacidad total, sino una serie de actos que precisan el complemento de capacidad del curador.

Podrán ser sujetos activos del retracto convencional, por tanto, los menores emancipados, los favorecidos con el beneficio de la mayor edad, los pródigos y los incapacitados parciales, pero será necesario para que puedan celebrar la venta con pacto de retro el complemento de actuación. La intervención de los padres y el curador respectivamente en el primer y segundo caso,

si bien no con todos los bienes; dice el artículo 323 del Código Civil: El menor emancipado no puede enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, u objetos de extraordinario valor, "sin su consentimiento"; o, en su defecto, en base a lo que establece el artículo 286.1, del curador. Si la emancipación se debiera a matrimonio del menor, no se requerirá el consentimiento de los padres o del curador, si el cónyuge es mayor de edad, siendo suficiente el consentimiento de los dos cónyuges; si también es menor, a tenor de lo establecido, con el consentimiento de los padres o tutores de uno y otro (12). En el resto de los supuestos mencionados, se requerirá la intervención del curador.

De otro lado y para la celebración del precontrato simultáneo a la compraventa, el emancipado y el favorecido con el beneficio de la mayor edad, podrán actuar libremente. El pródigo y el incapacitado parcial requerirán consentimiento del curador si la sentencia así lo ha establecido; si por el contrario esta sentencia no ha especificado los actos para los que se requiere consentimiento, a tenor del artículo 290, en relación con el 271 se necesitará intervención del curador: ".... celebrar contratos susceptibles de inscripción".

En el supuesto de que estas personas con capacidad de obrar limitada sólo intervengan en el momento de ejercicio del retracto por haberseles transmitido con posterioridad a su configuración, la capacidad requerida será la misma que en el momento de celebración del precontrato. El menor emancipado y el favorecido

con el beneficio de la mayor edad no requerirán consentimiento de nadie, y el declarado pródigo y el incapacitado parcial, sólo si la sentencia de declaración de prodigalidad o incapacitación así lo ha establecido expresamente. Si la sentencia no hubiera especificado los actos en los que será necesaria la intervención, en base a lo establecido en el artículo 290 del Código Civil, se requerirá su intervención "... o celebrar contratos susceptibles de inscripción".

C) Falta de capacidad de obrar

Se trata de aquellos supuestos en los que el hipotético titular no tiene capacidad de obrar, bien por tratarse de un menor de edad no emancipado, bien por ser un incapacitado completo.

En estos casos sólo podrán ser sujetos activos de la venta con pacto de retro quienes ejerciten la patria potestad o en su defecto la tutela, que actuarán en su nombre y representación requiriendo en ambos casos además y a tenor de lo establecido en el artículo 166 para los padres y 271 para el tutor, de previa autorización judicial, y requiriendo además, en el supuesto de los padres, que existan causas justificadas de utilidad o necesidad para realizar esas actividades.

El mismo artículo 166 establece, sin embargo, una excepción para el caso de que el menor hubiese cumplido 16 años y hubiera consentido en documento público, o para el supuesto de que la

enajenación fuera de valores mobiliarios, y su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Para la celebración del precontrato simultáneo a la compra-venta, los padres podrán actuar libremente, sin necesidad de la previa autorización judicial. Por el contrario, los tutores, a tenor del artículo 271.2 del Código Civil deberán obtener tal autorización ("para celebrar contratos susceptibles de inscripción").

En el momento de ejercicio del derecho de retracto, podrán asimismo los padres adquirir el objeto del derecho ejercitando éste sin previa autorización judicial, pero los tutores requerirán también a tenor del artículo 271.2 del Código Civil, esta autorización "para realizar actos susceptibles de inscripción" autorización ya obtenida en el caso de que haya intervenido en el precontrato creador del retracto convencional, y que habrá de obtener en ese momento en caso contrario.

Para CASALS COLLDECARRERA, en un caso concreto de herederos del retrayente, sometidos a tutela, entiende no se ha de requerir autorización, por tratarse el hecho de retraer de una función de administración, siempre y cuando exista capital disponible en el patrimonio (13).

## 2. SUJETO PASIVO ESPECIAL

Como se ha analizado con los derechos reales en general, y con independencia de ese deber de respeto a la titularidad, el retracto convencional es uno de los supuestos específicos de este tipo de derechos reales en cosa ajena que tiene una persona especialmente obligada o gravada, con un deber de cooperar a la transmisión de la cosa; bien entendido -señala GARCIA CANTERO (14)-, que la obligación aquí contemplada no es determinante para la efectividad del derecho, por cuanto, en último término, el órgano jurisdiccional, a través de una sentencia constitutiva, efectuará la transmisión judicialmente instada.

Esta persona que en el retracto convencional ocupa el papel de sujeto pasivo, será normalmente el comprador en la compraventa e hipotético vendedor en caso de ejercicio del retracto por su titular. En caso de que el primitivo comprador, en base al carácter transmisible del retracto convencional lo hubiera transmitido, será especial sujeto pasivo del retracto convencional cualquiera que sea el propietario de la cosa objeto del derecho, en el momento del ejercicio de éste (artículo 1510 del Código Civil, si bien este artículo hace referencia al poseedor).

Como en el caso del sujeto activo, el sujeto pasivo del retracto convencional, la persona especialmente obligada interviene como comprador en el negocio de compraventa, como parte oferente, en el precontrato que da lugar al retracto convencional y como vendedor en caso de ejercicio del retracto convencional por su titular

Así pues para llegar a ser sujeto pasivo del retracto convencional, se habrá de tener capacidad suficiente para llegar a ese retracto convencional.

Esa capacidad coincide en principio con lo expuesto para el sujeto activo, aunque en distinto orden, por cuanto que quien es primero vendedor pasa a ser luego comprador (sujeto activo) y quien primero es comprador pasa luego a ser vendedor (sujeto pasivo); sin embargo, en cuanto a la capacidad para ser parte del precontrato, existen algunas diferencias, porque el sujeto pasivo del retracto convencional es parte oferente en el precontrato y por tanto quien establece, gratuita u onerosamente el gravamen sobre la cosa. Por ello, para celebrar este precontrato:

- el emancipado requerirá consentimiento de sus padres, si la emancipación la ha obtenido por concesión de los que ejercen la patria potestad, o del curador; si la ha obtenido por concesión judicial, si lo que grava es un bien inmueble, establecimiento mercantil o industrial, u objeto de extraordinario valor.

- los pródigos e incapacitados parciales requerirán igual que en el caso del sujeto activo, intervención del curador si así lo expresa la sentencia de incapacitación, o si ésta no especifica, a tenor de los artículos 290 y 271 del Código Civil: para gravar bienes inmuebles".

- los incapacitados totales requerirán intervención del



tutor previa autorización judicial (artículo 271.2 del Código Civil) para gravar bienes inmuebles y objetos preciosos.

- los menores de edad necesitarán intervención de sus padres, o tutor previa autorización judicial si son inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos (artículo 166 del Código Civil).

Un matiz sin embargo es necesario introducir para el supuesto de que quien sea sujeto activo esté sometido a patria potestad, tutela o curatela.

En el primer caso los padres no podrán convertirse en compradores del objeto del derecho, y por tanto sujetos pasivos del mismo por constituir un conflicto de intereses que, a tenor del artículo 163 del Código Civil llevará al nombramiento de un Defensor Judicial.

En el supuesto de que el sujeto activo esté sometido a tutela o curatela, ni el tutor ni el curador podrán comprar los bienes que su pupilo transmita, por infringir en caso contrario la prohibición establecida por el artículo 221 del Código Civil, para cualquier transmisión, y por el 1.459 del Código Civil concretamente para la compraventa, prohibición la de éste último artículo que afecta además, entre otros a los mandatarios de los bienes de cuya administración/ enajenación estuvieran encargados, y a los albaceas.

### III.- SUJETO ACTIVO O RETRAYENTE

#### 1. SUPUESTO HABITUAL

El supuesto habitual del retracto convencional en cuanto al sujeto activo es aquel en el que coincide en una misma persona los papeles del vendedor primitivo y de retrayente.

Se trata del supuesto en el que una sola persona, por las razones que sean, desea vender algo perteneciente a su patrimonio para después volver a adquirirlo, y realiza las dos operaciones, primero vende, y luego compra mediante el ejercicio del derecho de retracto del que es titular, recupera el objeto de la venta.

En este supuesto y en palabras de RIAZA, "el retrayente es forzosamente parte del contrato que deshace" (15).

Este retracto convencional dice GARCIA CANTERO (16) es indivisible, y no cabe ejercitarlo solo sobre una parte de la cosa vendida, aunque sea admisible que los contratantes lo hayan establecido solo sobre una parte de la cosa vendida o que se otorgue al vendedor la posibilidad de elegir entre retraer todo o solo una parte, dando lugar en este último supuesto a una comunidad de bienes. Matiza esta posibilidad GARCIA CANTERO, distinguiéndola del hecho de que por razones circunstanciales se

haya instrumentado en un solo contrato la venta con retro de varios objetos, asignando a cada uno un precio específico: al existir realmente tantas ventas como objetos y por tanto como derechos de retracto independientes, el ejercicio de cualquiera de ellos no daría lugar a una comunidad de bienes, sino a la recuperación del dominio de cosas aisladas que circunstancialmente, se enajenaron en un solo contrato.

## 2. ACREEDORES

### A.- Artículo 1.512 del Código Civil.

"Los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino después de haber hecho excusión en los bienes del vendedor".

Este artículo 1.512 establece la posibilidad de que unas personas distintas a la del vendedor puedan ejercitar el derecho de retracto contra el comprador; se trata de los acreedores de aquel, que persiguen obtener el cobro de sus créditos.

Según mantiene la opinión mayoritaria (17), se establece con ello para el ámbito concreto del retracto convencional, la acción -mal llamada a juicio de CASTAN (18)-, subrogatoria del acreedor que el artículo 1.111 del Código Civil recoge para las obligaciones en general.

Contrario a esta postura aparece COSSIO, para el que el artículo 1.512 hace referencia al embargo del derecho, no al ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1.111, que parte de supuestos completamente distintos (19).

A ello se contrapone por parte de BORRELL Y SOLER, que, embargado el derecho de retraer no produce otro efecto que asegurarlo mientras esté pendiente el cumplimiento de la condición pactada, sin que el embargante tenga derecho a retraer y sin que el embargo impida que se consuma la venta a favor del comprador (20).

Los acreedores (basta con que sea uno), para ejercitar este derecho atribuido por el artículo 1.512 han de verse perjudicados por la posibilidad de que el deudor deje pasar el plazo de ejercicio sin hacer uso del retracto convencional, que haga volver el bien a su patrimonio.

Es necesario precisar que a pesar del tenor literal del artículo, no se requiere que el deudor sea el primitivo vendedor, lo importante es que sea el actual titular del retracto convencional.

Asimismo tampoco se requiere que el que solicite el beneficio de excusión sea el comprador, siendo solo exigible que se trate del actual propietario de la cosa gravada.

En cuanto al beneficio de la excusión, al que presiden normas

de equidad y justicia (21), hay autores que entienden la aplicabilidad de los artículos 1.830 y siguientes referentes al contrato de fianza (22), y quienes no ven identidad suficiente entre una y otra figura jurídica para aplicar analógicamente la normativa de una (la fianza) a la otra (retracto convencional) (23).

Según la primera postura, aplicando lo establecido por los artículos 1.830 y siguientes al retracto convencional, para que el comprador a retro pueda defenderse contra el acreedor del vendedor, deberá oponer la excusión al acreedor cuando éste le requiera, y señalar los bienes del deudor que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda (artículo 1.830 del Código Civil).

No tendrá lugar la excusión, según lo establecido en el artículo 1.831 del Código Civil una vez adaptada dicha normativa al retracto convencional:

- cuando el comprador haya renunciado a ella, si bien SERRANO considera que por favorecer este beneficio a terceros -ya que al poner dificultades al ejercicio del retracto convencional disminuye en los particulares la conveniencia de pactarlo- no puede el comprador renunciar (24).

Se sitúa la opinión de SERRANO en el marco del número 2 del artículo 6 del Código Civil: "la renuncia a los derechos en ella (la ley) reconocidos, sólo será válida cuando no contrarie el

interés o el orden público, ni perjudique a terceros".

- en caso de concurso o quiebra del retrayente-deudor, lo que es incuestionable, dado que por definición, ni el quebrado ni el concursado pueden tener bienes realizables. No introducir esta excepción, no haría sino dilatar injustificadamente, la satisfacción del interés del vendedor (25).

- cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente en el Reino. A juicio de BADENES GASSET (26) es dudosa la exigencia de este requisito, porque no pocas veces se traduciría en impedimento invencible de cobrar los créditos.

El artículo 1.832 del Código Civil establece la necesidad, para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, de que este señale bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

El fiador, para oponer tal beneficio, deberá hacerlo "luego" que el acreedor le haya requerido para el pago, bien judicialmente, bien extrajudicialmente, designando en esa oposición, de una sola vez, y con datos suficientes sobre la situación jurídica y pertenencia al deudor de los bienes señalados, de suerte que sin necesidad de ninguna otra diligencia, pueda el acreedor desenvolver la actividad que corresponda; los bienes señalados deberán ser además de entidad suficiente como para cubrir el crédito del acreedor.

La segunda postura mantiene, sin embargo, que no existe identidad suficiente entre el fiador y el comprador a pacto de retro para que los preceptos de la fianza pudan aplicarse a la excusión en el retracto convencional (27).

Quienes abogan por la aplicación de los artículos 1.830 y siguientes del Código Civil al comprador a retro, lo hacen en base a que, hablando el artículo 1.512 de este texto legal de excusión, y siendo ésta regulada en los artículo 1.830 y siguientes para el caso de la fianza, estos artículos habrán de constituir la normativa aplicable a aquella.

Sin embargo, no hay que olvidar la distinta posición jurídica del comprador y del fiador. Este último, se ha obligado por el contrato de fianza (artículo 1.822) a pagar o cumplir por otro en caso de no hacerlo éste. Tiene por tanto, con respecto a terceros una responsabilidad subsidiaria a la del deudor, que incluso puede llegar a ser de carácter solidario. El beneficio de orden o de excusión que se le ofrece deberá ser por tanto sumamente estricto, en orden a evitar que a través del mismo se "escabulla" de las obligaciones de pago contraídas. Ello hace que como requisitos necesarios para la oposición, se le exija la designación de los bienes, a una designación por otra parte concreta y suficiente para permitir no sólo la actuación del acreedor, sino la satisfacción de sus créditos, es decir una designación que no sea una maniobra dilatoria del fiador, sino un señalamiento de un verdadero medio de cobro.

Se parte de una base lógica: una persona para asumir las responsabilidades que genera el papel de fiador, ha debido previamente conocer la situación patrimonial de la persona a la que va a avalar.

Por el contrario, quien celebra un contrato de compraventa con otra persona, sólo llega a conocer la situación jurídica del bien en cuestión en el momento de la compra, sin que le afecte otras circunstancias del vendedor, que aquellas que incidan en la celebración del contrato, y sin asumir ninguna responsabilidad.

Exigir en base a lo establecido en los artículos 1.830 y siguientes, que para oponer el beneficio de orden haya que cumplir los requisitos por esos artículos establecidos, es excesivo.

El comprador, en defensa de lo que es suyo, y a tenor de lo establecido en el artículo 1.512, podrá exigir al acreedor que intente ejercitar el retracto convencional, subrogándose en lugar de su deudor, que busque la satisfacción de su crédito en otros bienes del deudor, sin que nada obligue al comprador, en el momento de oponer su derecho a designar que bienes pueden ser objeto de excusión; no obstante esto, si el comprador conociera por cualquier motivo la existencia de sus bienes, podrá, si ese fuera su interés, comunicarlo al acreedor para que éste intentara cobrar su crédito sobre ese bien en cuestión.

No hay que olvidar que las restricciones establecidas para el



beneficio de excusión concedido al fiador, se derivan de que este beneficio puede suponer un aplazamiento en el cumplimiento de las responsabilidades asumidas que puede perjudicar a terceros acreedores; no ocurre lo mismo en el retracto convencional, donde el comprador ninguna responsabilidad ha asumido con respecto a las obligaciones del vendedor, y donde, en caso de ejercicio del derecho, obtendrá, en último caso lo por él estipulado.

Demostrado por el acreedor que tal excusión ha sido efectuada, podrá ejercitar el retracto convencional ocupando el lugar del vendedor, y cumpliendo por tanto las condiciones y requisitos establecidos por éste junto con el comprador, en el precontrato creador del derecho de retracto.

Si finalmente el acreedor ejercita el derecho de retracto, entregando al primitivo comprador lo estipulado en el precontrato creador y en el plazo establecido en éste, el bien objeto del mismo volverá al patrimonio del deudor donde el acreedor podrá hacer efectivo su crédito, sin que quepa, bajo ningún concepto que el acreedor recupere para su propiedad el bien objeto del derecho. El acreedor actúa solamente en lugar del vendedor, para, de esa forma indirecta, satisfacer su crédito; pero en ningún momento cabe pensar que retraiga para sí.

#### B.- Artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria

"Podrán también hipotecarse....8. El derecho de retracto

convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando lo que para ello fuere necesario".

Este artículo permite la intervención de unas personas distintas a la del vendedor en el ejercicio del retracto convencional; se trata del supuesto en el que, hipotecado el derecho de retracto, que no los bienes objeto de éste (supuesto que recoge el número 7 de este mismo artículo 107), el acreedor para cobrar la deuda deberá ejercitar el derecho de retracto convencional del que es titular el deudor, de forma que readquiridos los bienes e integrados éstos en el patrimonio del deudor proceder ejecutivamente contra ellos.

ROCA SASTRE entiende este proceso complicado e inútil, por cuanto que siendo el derecho de retracto perfectamente enajenable habría de permitirse su enajenación directa por vía de ejecución hipotecaria; lo considera un rodeo en el que además existe un serio obstáculo, cual es el de que el acreedor hipotecario debe anticipar la cantidad necesaria para el retracto, siendo así que, en ocasiones, el mayor valor de la finca no alcanza a cubrir el importe del crédito (28).

### 3.- PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS

A) Venta conjunta (artículos 1.514 y 1.515 del Código Civil)

"Cuando varios conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho más que por su parte respectiva".

" En el caso del artículo anterior el comprador podrá exigir de todos los vendedores que se pongan de acuerdo sobre la reudención de la totalidad de la cosa vendida; y, si no lo hicieren, no se podrá obligar al comprador al retracto parcial".

Se trata de un supuesto existente ya en el DIGESTO 4,4, 47, párrafo 1: "Nissi emptor (proedi communis) a toto contractu, velet discedi quod partem empturus non esset" y recogido en el artículo 1.443 del Proyecto de Código Civil de 1.851, si bien ya con una correcta traducción del "PLUSEURS del artículo 1.668 del Código Civil francés, que el citado artículo 1.443 traducía por muchos.

En este supuesto, varias personas titulares de la totalidad, o de una parte de una finca indivisa, venden sus cuotas, conjuntamente, reservándose el derecho a recuperarla en el tiempo y condiciones pactadas simultáneamente al momento de la venta.

Se parte por tanto de una situación en la que los vendedores son titulares de una finca con un sistema de copropiedad romana, es decir con cuotas ideales, no materiales, con distribución de facultades y posibilidad de división, teniendo cada uno de ellos

a tenor de lo establecido en el artículo 399 del Código Civil la plena propiedad de la cosa, pudiendo, en consecuencia, enajenarla (29).

El artículo 1.514 del Código Civil, en su primer párrafo, viene a aplicar al caso concreto del comunero que vende con retracto convencional, lo establecido para este tipo de comunidades, la plena propiedad de cada uno sobre su cuota, y el derecho a servirse de las cosas comunes.

Para PUIG BRUTAU, sin embargo, la solución proporcionada por este sistema se debe a que siendo el derecho principal la cuota indivisa, y lo accesorio el derecho de retraer, en su ejercicio resulta independiente el derecho de cada titular (30).

La venta a un único comprador de la totalidad de una finca poseída en copropiedad o de parte de la misma, supone la desaparición de una comunidad tradicionalmente mal considerada por nuestro Derecho.

Esa tendencia legal a terminar con la indivisión, unida al hecho de que si sólo parte de los retrayentes ejercitan su derecho, el comprador -posible único propietario de la finca- se viera en una situación de comunidad no deseada, y unida también al aparente vínculo existente entre los vendedores que les ha llevado a celebrar una compraventa conjunta, han movido al legislador a establecer un derecho a favor del comprador que con SCAEVOLA-BONET cabe calificar como de excepción del retracto

total (31).

El comprador tiene la posibilidad, que no la obligación, de exigir a los vendedores que retraigan la totalidad, no pasando por el retracto de solo alguna de las cuotas adquiridas.

El problema que plantea este artículo 1.515 es qué puede suceder en el supuesto de que no todos los retrayentes quieran ejercitar su derecho.

GARCIA GOYENA señala que el artículo 1.444 del Proyecto de 1.851 incluía un párrafo en el mismo sentido que el 1.675 Sardo, en función del cual si alguno de los covendedores no querían ejercitar el retracto convencional, los otros, incluso uno solo, podría ejercitarlo por entero en provecho particular, lo que a juicio de este autor suponía un anómalo derecho de acrecer (32).

Hacia esta misma postura se inclina BORRELL Y SOLER, si bien destaca el supuesto de que alguno de los retrayentes tengan que dejar caducar el derecho de retraer simplemente por no contar con fondos necesarios para recobrar el objeto del mismo (33).

GARCIA CANTERO, por el contrario, en base a la reiterada doctrina jurisprudencial que mantiene que cualquiera de los condóminos puede ejercitar acciones que redunden en provecho de los demás, entiende que ante la pasividad o inactividad de algunos corretrayentes, pueden los demás, ejercitar la acción de retracto por el todo en su propio nombre y en el de los demás sin

perjuicio del posterior reembolso de lo anticipado.

Uno o varios de los primitivos vendedores retraería de esta forma la totalidad de lo vendido, en nombre de los demás, y en beneficio de todos, y sin que ninguno de los no intervinientes, se hubiera opuesto a este retracto (34).

Con referencia expresa a este supuesto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de Julio de 1.931, recogiendo la doctrina mantenida por la de 6 de Octubre de 1.925 entiende que "en acatamiento de la orientación de nuestras leyes hacia la propiedad íntegra e indivisa", cabe estipular el ejercicio del pacto de retroventa en favor de uno solo de los varios propietarios pro indiviso de una finca que enajenan, e incluso la autorización mutua para el ejercicio por todos o cualquiera de ellos del derecho de retraer. Sin embargo, exige para ello, la inscripción del derecho indispensable a los efectos del tracto sucesorio.

GARCIA CANTERO, destaca además otras posibilidades que dentro de los márgenes del 1.514 cabe introducir.

Así, en base a la citada resolución de 6 de Octubre de 1.925 entiende que no existe inconveniente en aceptar que un pacto de retroventa se estipule a favor de uno solo de los varios vendedores de una cosa, porque el derecho del condueño se extiende a toda la cosa y a cada una de sus partes y, porque las limitaciones que encontrará en la voluntad de sus compañeros han

sido levantadas por el otorgamiento de la Escritura Pública calificada; asimismo y a tenor de la también citada resolución de 29 de Julio de 1.931 considera válida la autorización para el ejercicio indistinto del retracto convencional por cualquiera de sus miembros (35).

B) Vendedor único al que suceden varios herederos (artículo 1.514.2 del Código Civil y 1.515

"Lo mismo se observará si el caso que ha vendido por sí solo una finca ha dejado varios herederos, en cuyo caso cada uno de éstos solo podrá redimir la parte que hubiese adquirido".

"En el caso del artículo anterior el comprador podrá exigir de todos los coherederos que se pongan de acuerdo sobre la rendición de la totalidad de la cosa vendida; y si así no lo hicieren, no se podrá obligar al comprador al retracto parcial".

La nota de transmisibilidad que caracteriza el retracto convencional posibilita que al vendedor le sucedan en el derecho de retracto convencional uno o varios herederos. La sucesión de un único heredero tendría el mismo tratamiento que el supuesto denominado como normal o habitual del retracto convencional.

Los problemas aparecen si han sido varios los herederos. El Código Civil establece en el artículo 1.514.2 que cada uno de ellos podrá redimir la parte que hubiere adquirido, sin embargo a

este artículo es necesario hacerle una matización:

- Si la herencia se halla aún indivisa por no haberse realizado la partición, aparece una comunidad de tipo germánico, en mano común, o ZUR GESAMTEN HAND, en la que todos los titulares tienen conjuntamente la cotitularidad de la cosa o derecho.

No existe división de cuotas (si bien existe una participación abstracta con efectos en el momento de la división QUOTENTEILUNG), y deben actuar asimismo conjuntamente (36).

El ejercicio del derecho de retracto convencional en este supuesto requerirá la actuación conjunta de todos.

- Si por el contrario ya se ha realizado la partición, cabe que el derecho de retracto se haya adjudicado a uno solo, o bien que se haya adjudicado a varios herederos en cuyo caso se aplicará lo establecido en el artículo 1.514.

A estos supuestos de pluralidad de sujetos activos por causa de sucesión por herencia del primitivo vendedor, se le aplica también la posibilidad de que el comprador exija el retracto total, con el fin también de evitar situaciones de comunidad.

Un supuesto de aplicación de este derecho, si bien ejercitado de una forma que contradice lo hasta ahora expuesto en relación a este artículo 1.515 es el de la sentencia de 30 de Octubre de 1.976, cuyos hechos fueron los siguientes:



A la muerte de los cónyuges D. Domingo D. y Ramona A, heredaron por terceras partes indivisas una casa sus hijos Benjamín, Dolores y Consuelo D.A. Esta última vendió su tercera parte con pacto de retro durante un año. Antes de expirar el plazo su nieta ejercitó el derecho de retracto (durante ese plazo había fallecido Dña. Consuelo así como su única heredera Dña. Ramona, dejando ésta 7 hijos, uno de los cuales, Plácida, fue quien ejercitó el retracto convencional en su propio nombre y a sus expensas).

El sujeto pasivo de este retracto convencional (asimismo sujeto pasivo plural por tratarse de los herederos del comprador), accedió al rescate total de la tercera parte por Dña. Plácida, sin hacer objeción alguna, a tenor del 1.514.2 en cuanto a las 6/7 partes restantes.

Impugnada tal transmisión por los otros herederos, la tercera parte en cuestión había estado en posesión de Dña. Plácida por tiempo suficiente para usucapirla, quedando la compraventa perfecta.

Las reglas establecidas en los artículos 1.514 y 1.515 pueden ser aplicables a cualquier supuesto de sucesión a título particular del vendedor, bien sea a título oneroso o gratuito.

C) Venta separada (artículo 1.516 del Código Civil)

"Cada uno de los copropietarios de una finca indivisa, que

hubiese vendido separadamente su parte, podrá ejercitar, con la misma separación, el derecho de retracto por su porción respectiva, y el comprador no podrá obligarle a redimir la totalidad de la finca".

Se parte de un supuesto igual al analizado en el apartado A) dentro de la existencia de una pluralidad de sujetos activos.

Se trata de la hipótesis en que la finca es poseída en copropiedad y proindiviso, en función de lo cual cada copartícipe tiene una cuota o parte ideal en propiedad, con la que puede realizar lo que desee.

Vendida esa cuota con pacto de retro, el retracto se podrá realizar única y exclusivamente sobre esa parte de la que se es propietario.

A diferencia, sin embargo del supuesto a que antes se hacía referencia en el que todos vendían conjuntamente y en un solo contrato sus cuotas, en este caso la venta de éstas se produce de forma separada. Independientemente de que existan uno o varios compradores, de que exista un precio igual o distinto por cada parte, lo fundamental es que son ventas separadas, derechos de retracto separados y retrayentes separados, a los que resultaría violento hacerse poner de acuerdo, y más violento aún hacerles perder su derecho si el acuerdo no se lograra (37).

A ello hay que unir que el comprador, al haber comprado por

separado e independientemente, no puede alegar que, de no retraer todos, se encontraría en una comunidad no deseada.

Por ello, por muchas ventajas que reporte evitar la indivisión, no cabe otorgar al comprador la excepción de retracto total.

Existe la posibilidad de que uno de los condueños ejercite el retracto convencional por el todo, con poder de los demás, pero hay que advertir que dada la total falta de vínculo o nexo entre los vendedores, no bastaría el silencio de algunos para legitimar a los otros a actuar en nombre de una comunidad que no ha estado presente como tal en el nacimiento del retracto convencional (39).

\*

\*

\*

La lectura de todos estos artículos (1.514, 1.515 y 1.516) parece indicar que los mismos son solamente aplicables para los casos en los que el objeto del retracto convencional sea un inmueble, y más concretamente una finca.

Esta interpretación literal es la que adoptan autores como BORRELL Y SOLER (39), para el que, hablando el Código Civil en otras ocasiones de la palabra "cosas" para expresar lo que puede venderse con este pacto si en estos artículos emplea "finca" es porque solo a los inmuebles podrán aplicarse (40).

Contra esta postura GARCIA CANTERO (41) sostiene que en este capítulo del Código Civil no existe una clara diferenciación de normas referentes a muebles y a inmuebles, no pudiendo aunque el legislador hable con cierta reiteración de finca, entender que solo a ésta es aplicable, considerando que la frase "cosa vendida" del artículo 1.517.2 tiene alcance general.

Como se analizará al estudiar el objeto, no tendría sentido mantener la primera postura a estos casos concretos de retracto convencional.

#### IV.- SUJETO PASIVO

##### 1. SUPUESTO HABITUAL

Se trata del supuesto que se origina cuando el vendedor enajena una cosa con pacto de retro a un único comprador.

La persona especialmente gravada por la existencia de un retracto convencional, y por tanto, aquella que ocupa la posición de sujeto pasivo, es la que en el contrato de compraventa, que necesariamente ha de tener lugar para que nazca un retracto convencional, ocupa el papel de comprador, y en el precontrato el papel de vendedor.

## 2. TERCEROS ADQUIRENTES (ARTICULO 1.510 CODIGO CIVIL)

"El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto a terceros".

Este artículo 1.510 que caracteriza como derecho real al retracto convencional permite introducir un supuesto específico de sujeto pasivo.

En el caso de que el primitivo comprador, haciendo uso de una de las facultades que configura su derecho de propiedad, la de disposición, hubiera enajenado el objeto del retracto convencional, y por tanto, hubiera dejado de ser sujeto pasivo, esta posición pasará a ser ocupada por quien hubiera adquirido la cosa y la poseyera en el momento de ejercicio del retracto convencional; ello con independencia de que en el contrato de transmisión se hubiera hecho mención o no de la existencia del retracto convencional.

### A) Bienes inmuebles

Si el pacto de retro no figura inscrito en el Registro de la Propiedad, bien porque no se ha inscrito el pacto, bien porque está interrumpido el tracto, bien porque la finca nunca estuvo inscrita, el carácter real de la acción no desaparece y podrá ejercitarse contra el comprador o contra cualquiera que de él

traiga causa. Salvo, dice el propio artículo 1.510 del Código Civil, lo dispuesto por la Ley Hipotecaria respecto a terceros.

El tercero hipotecario es el tercer adquirente, por negocio jurídico, de un derecho real inmobiliario inscrito, que, en función del Registro inexacto es mantenido en la adquisición por la fe pública registral, siempre que concurren las demás circunstancias exigidas por la ley para tal protección. Concepto que a juicio de ROCA SASTRE ha de buscarse en el artículo 34 1 y 2 de la Ley Hipotecaria complementada con el 31, 40.4, 32, 37, 144 y 220 (42).

Continúa ROCA SASTRE afirmando que para la aplicación del artículo 34 se requiere:

Primero.- Que el terceroadquiera el derecho inscrito en las circunstancias que el artículo 34 establece, es decir:

- haber adquirido de buena fe, entendiéndose por tal el desconocimiento del tercer adquirente de la inexactitud del registro en el momento de quedar incluido el negocio jurídico de adquisición.

- haber adquirido a título oneroso.

- haber adquirido del titular según el Registro (requisito también exigido por el artículo 69 de la Ley Hipotecaria).

- haber inscrito el tercero su título adquisitivo (presupuesto que, asimismo recogen el artículo 37.1 y 69 de la Ley Hipotecaria).

Segundo.- Que haya adquirido en función del Registro inexacto, entendiéndose por tal según el artículo 39 de la Ley Hipotecaria, como el "desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles existe entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral".

El contenido del registro puede ser inexacto por error cometido al practicar los asientos, por no haber tenido acceso registral algún título, por no existir derecho o titularidad registrados debido a falsedad, nulidad u otro defecto del título inscrito.

Tercero.- Haber adquirido el derecho registrado sin que conste explícitamente en el Registro las causas de la inexactitud registral.

Cuando concurren todos estos presupuestos se produce el efecto establecido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: mantener el tercero en su adquisición en los términos resultantes del Registro, dando lugar a una adquisición a non domino; a una adquisición parte a domino, parte a non domino; o a una adquisición a domino (cuando adquiriera una finca de quien sea su titular pero conformando de un modo distinto a la realidad jurídica extrarregistral).

A tenor de este artículo 34 la no constancia en el Registro, por las circunstancias que fueren del retracto convencional, y la concurrencia de los presupuestos en él establecidos, supondrían la protección de quien fiándose en el registro hubiera adquirido como libre de cargas lo que está gravado con un derecho de retracto convencional; el artículo 32.8 de la Ley Hipotecaria y el 606 del Código Civil establecen para el supuesto de no constancia que "los títulos de dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro, no perjudican a terceros".

La sentencia de 29 de Marzo de 1.960 recoge este supuesto; el propietario de una finca la vende con pacto de retro y, dentro del plazo establecido para ello, la retrotrae sin que a causa de los obstáculos puestos por la retraída pueda otorgarse Escritura Pública del ejercicio de retracto. La propietaria, según el Registro de la Propiedad, vendió a un tercero la finca que ya no le pertenecía y este tercero inscribió su derecho en el Registro. Protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el tercero fue mantenido en la propiedad de la finca, y el verdadero propietario obtuvo, en concepto de indemnización "por empobrecimiento que le debe ser reparado" la cantidad que quien vendió sin ser propietaria consiguió como precio de la finca.

\*

\*

\*

Si por el contrario, el comprador no reuniera los requisitos necesarios para ser configurado como tercero hipotecario, el



titular del retracto convencional podrá dirigirse contra él (artículo 1.510), y éste sólo contará con una acción personal contra su causante inmediato por haberle vendido como libre algo que no lo estaba.

Tradicionalmente, sin embargo y en base a la caracterización del retracto convencional como condición resolutoria, se ha mantenido que en el supuesto de constancia en el Registro de la Propiedad, y de, consecuentemente, inexistencia de tercero hipotecario, el artículo de aplicación era el artículo 37.1 de la Ley Hipotecaria conforme al que "se darán contra tercero las acciones resolutorias que debán su origen a causas que consten explícitamente en el Registro".

#### B) Bienes muebles

El supuesto de los bienes muebles es más complicado de ahí que se dedique un espacio especial en el Capítulo Sexto (Objeto del retracto convencional) al que hay que remitirse para evitar repeticiones innecesarias. Sólo apuntar ahora que dependiendo de la postura que se adopte (romanista o germanista) frente al artículo 464 del Código Civil, cabe entender que el tercero que ha adquirido de buena fe la posesión de los bienes muebles, de las que el propietario, a su vez, no ha sido "privado ilegalmente", ha adquirido a non domino y contra él no puede dirigirse el propietario, o simplemente tiene un título a los

efectos de la prescripción adquisitiva del artículo 1.955.

### 3. ARTICULO 1.513 DEL CODIGO CIVIL

"El comprador con pacto de retroventa de una parte de la finca indivisa que adquiriera la totalidad de la misma en el caso del artículo 404, podrá obligar al vendedor a redimir el todo, si éste quiere hacer uso del retracto".

Procedente del artículo 1.687 del Código Civil francés, se trata del supuesto en el que, adquirida con pacto de retro por una persona, una o varias cuotas de una finca indivisa, sacada ésta a pública subasta por haber solicitado uno de los condóminos (incluido el propio comprador a retro) su división, y ser materialmente indivisible (artículo 404 del Código Civil), y adquirida la totalidad por el primitivo comprador por ser el mejor postor en la subasta, cabe exigir al retrayente el retracto total y no de la parte por la que se estipuló.

La adquisición de la totalidad del objeto del derecho, además de convertir al primitivo comprador en único propietario de la finca, extingue la comunidad hasta entonces existente.

El derecho concedido por este artículo al comprador tiene como origen dos razones:

- De un lado, y con palabras de GARCIA GOYENA que "forzado

el comprador a adquirir la totalidad de la finca en una pública subasta suscitada contra él, ejercitado el retracto convencional por la parte adquirida en un principio, podría carecer de sentido conservar la otra (43).

- De otro, que permitir su ejercicio parcial llevaría de nuevo a la mal vista situación de comunidad.

GARCIA GOYENA en base a lo que establece el artículo 1.442 del proyecto de 1.851 planteaba el ejercicio del derecho concedido por este artículo la distinción de que la "actio communi dividundo" hubiera sido promovida por el propio sujeto pasivo o por un tercero, concluyendo que en el primer caso no tendría ese derecho de exigir el retracto total (44). El artículo 1.513 actual amplía esa posibilidad de exigencia al supuesto de que, hubiera sido el propio comprador quien, en el ejercicio de su derecho de propiedad o, según GARCIA CANTERO (45) en ejercicio de lo establecido por el artículo 1.511 del Código Civil, hubiera provocado la división de la cosa y su posterior adquisición.

De haberse adjudicado la cosa a un tercero al ejercitarse la "actio communi dividundo", el retracto convencional del primitivo vendedor subsistiría sobre la cuota vendida a retro, no aplicándose, en consecuencia el artículo 1.513 del Código Civil.

#### 4. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS (ARTICULO 1.517 DEL CODIGO CIVIL)

"Si el comprador dejare varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva ora se halle indivisa, ora se haya distribuida entre ellos.

Pero si se ha dividido la herencia, y la cosa vendida se ha adjudicado a uno de los herederos, la acción de retracto podrá intentarse contra él por el todo".

Regula este artículo el caso de pluralidad de sujetos pasivos sobrevenida por causa de sucesión hereditaria, comprendiendo, si bien no en su tenor literal, tres momentos o situaciones distintas en la sucesión por herencia.

- Primero. Antes de producirse la partición.

- Segundo. Después de producirse la partición, con adjudicación por partes iguales o distintas a los herederos.

- Tercero. Después de producirse la partición con adjudicación a un solo heredero.

Primero. De forma similar a lo que se decía al analizar la pluralidad de sujetos activos, si no se ha producido la partición de la herencia y existe todavía una comunidad hereditaria, ninguno de los herederos tiene todavía derechos sobre los bienes concretos que integran la herencia, sino solo partes sobre la totalidad del patrimonio hereditario (46); no cabe en

consecuencia, y en contra de lo establecido, dirigirse contra cada uno de los herederos por su parte respectiva. Sin embargo y para evitar que el plazo que ha de transcurrir para la partición suponga la caducidad del retracto convencional, podrá el contratante dirigirse contra la comunidad hereditaria en la persona de todos los coherederos solicitando una sentencia cuyos efectos se produzcan después de la partición (47).

Segundo. Después de la partición con adjudicación por partes iguales o distintas a los herederos.

Si por la adjudicación la cosa objeto del retracto convencional perteneciera en copropiedad a una pluralidad de herederos, serían de nuevo aquí aplicables las normas reguladoras de la copropiedad romana, en función de las cuales cada heredero tiene la plena e independiente propiedad de la cuota ideal que le corresponda, debiendo dirigirse para el ejercicio del retracto convencional contra cada uno de ellos por su parte respectiva.

Sería por tanto de aplicación en este supuesto el primer párrafo del artículo 1.517.

Tercero. Después de la partición con adjudicación a un solo heredero.

Si por la partición, hubiera un único adjudicatario, se estaría en presencia del supuesto denominado normal o habitual de sujeto pasivo, para el que además el propio artículo 1.517

establece que "podrá intentarse contra él por el todo".

GARCIA CANTERO (48) plantea el problema de que en un principio existan varios compradores, no estando en ese caso el retrayente -dice este autor- obligado al retracto global aunque lo pida el único adjudicatario.

Habría que matizar este supuesto en el siguiente sentido:

- Si vendida con pacto de retro una cosa a varios compradores, estos la adquieren conjuntamente en un solo contrato, el retrayente, al ejercitar su derecho, estaría obligado a retraer la totalidad dirigiéndose contra cada uno de los copartícipes. Pudiendo plantearse el supuesto estudiado en el apartado correspondiente del retrato voluntario al que hay que remitirse para evitar repeticiones innecesarias de que uno de los condueños pidiera la división de la cosa en base al artículo 400 del Código Civil.

- Si vendida con pacto de retro una cosa a varios compradores, se hiciera mediante ventas separadas, el retrayente podría ejercitar su derecho por la totalidad o por alguna o algunas de las cuotas. Y ello porque vendida de forma dividida, el comprador al adquirirlo conocía la existencia de la comunidad a la que pasaba a formar parte, y que además esa comunidad podía continuar si el retrayente decidía ejercitar su derecho sólo por alguna de sus cuotas.

El heredero que, a juicio de GARCIA CANTERO no puede exigir al retrayente el retracto total, habrá que encuadrarlo en esta alternativa, si bien hay que tener en cuenta que, reunidas en una sola persona las cuotas de diferentes personas, la comunidad desaparece pasando a existir, una cosa única sobre cuya totalidad, a falta de pacto expreso en contrario, habrá que ejercitar el retracto convencional.

Lo que lleva a GARCIA CANTERO a hacer esa afirmación, es la consideración de que el retracto convencional es un derecho divisible, siendo así que lo divisible es la cosa sobre la que recae el retracto convencional. En este sentido GARCIA GOYENA decía que "la acción de retracto es divisible siempre que lo es la cosa vendida" (49).

Este articulado aplicable a la pluralidad de sujetos pasivos por sucesión universal, entiende lógicamente GARCIA CANTERO, es asimismo aplicable (al igual que lo era el articulado referente a los sujetos activos) para todo supuesto de pluralidad sobrevenida: venta, cesión, donación de la totalidad de la aplicación al caso normal -no contemplado en el Código-, de enajenación de la cosa a varios compradores en partes iguales o distintas, en el mismo o distinto contrato (con los efectos que según se ha analizado anteriormente uno y otro producen), por un único precio o señalando un precio distinto para cada parte (50).

Por último conviene destacar lo que en el comentario de los

artículos 1.514, 1.515 y 1.516 se había adelantado. Este artículo al hablar del objeto del retracto convencional se refiere a la cosa vendida en general, llevando a la lógica conclusión de que no sólo a los inmuebles, sino cualquier objeto en general es de aplicación este articulado.

## SEGUNDA PARTE. SUJETOS DEL RETRACTO VOLUNTARIO

### I.- INTRODUCCION

Como ocurre con el retracto convencional, del propio concepto de retracto voluntario cabe deducir quienes van a ser los sujetos de este derecho, siendo necesario distinguir entre los sujetos del negocio creador o constitutivo del derecho y los sujetos del propio derecho, al igual que con el retracto convencional.

Tal como se ha definido anteriormente el retracto voluntario es aquel derecho que concede a una persona la posibilidad de adquirir una cosa cuando ésta ha sido transmitida a un tercero, con preferencia a cualquier otro. El titular del retracto voluntario no podrá ejercitar su derecho, adquiriendo en consecuencia el objeto del mismo en cualquier momento, a diferencia de lo que ocurre con el retracto convencional donde el



retrayente puede ejercitar su derecho con independencia de la voluntad del propietario de la cosa. Para ejercitar el retracto voluntario deberán concurrir dos circunstancias:

- que el titular del derecho haya transmitido la cosa a un tercero,

- que el retrayente pueda y quiera ofrecer las mismas condiciones que las ofrecidas por el tercer adquirente, aumentadas o disminuidas por aquellas cantidades o porcentajes estipulados en el contrato creador del retracto voluntario.

La preferencia por tanto, no es absoluta e independiente de la voluntad del propietario como es en el retracto convencional; siendo además de destacar. a los efectos de los sujetos intervinientes, la necesidad de intervención de un tercero que adquiera la cosa, y que no habrá intervenido en el negocio creador.

## II.- CAPACIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO VOLUNTARIO

Entendiendo que el retracto voluntario es un derecho real de origen negocial, le es asimismo aplicable lo dicho para los derechos reales en general. En cualquier caso, no hay que olvidar que la laguna existente en torno al retracto voluntario provoca

que la regulación del mismo no se encuentre en normas precisas como ocurre con el retracto convencional, sino que ha de ser buscada en las normas de aplicación general, y, en lo posible por analogía en las del retracto legal.

### 1. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del retracto voluntario es la persona facultada para adquirir el objeto del mismo cuando este objeto haya sido transmitido a un tercero, y siempre y cuando haya ofrecido las condiciones pactadas.

Este sujeto activo del derecho, como ocurre en el retracto convencional, es asimismo parte interviniente en el negocio creador del derecho, es una de las partes del precontrato celebrado que da lugar al nacimiento del retracto voluntario. Sin embargo, y a diferencia del retracto convencional, al celebrarse este precontrato de forma independiente a cualquier otro, al no ir unido en el tiempo a otro negocio jurídico como ocurre con el retracto convencional, no confluyen en el sujeto activo dos "papeles" distintos de dos negocios jurídicos diferentes.

El sujeto activo del derecho es parte interviniente sólo de un negocio jurídico; si ejercita el derecho adquirirá por vez primera el objeto del mismo, no lo recuperará en base a un derecho creado por un negocio jurídico celebrado simultáneamente, en sentido inverso.

Este sujeto activo del retracto voluntario es el aceptante del precontrato creador, y será el adquirente en el contrato de compraventa proyectado, objeto de aquel si ejercita su derecho.

La persona a favor de quien se establece el retracto voluntario habrá de tener:

- capacidad para celebrar el precontrato, para obligarse al pago si es oneroso, o para aceptar la donación si es a título gratuito.

- capacidad para adquirir el objeto del derecho cuando ejercite éste.

Siguiendo el esquema establecido para el retracto convencional, se analizarán los distintos casos que pueden producirse.

A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada.

La persona física o jurídica con capacidad de obrar podrá obligarse, o aceptar la donación en el momento de celebrarse el precontrato, y podrá luego, si ejercita el retracto voluntario, comprar libremente y por sí mismo.

También podrán hacerlo quienes sin tener la capacidad de obrar plena por cualquier causa, pueden en el ámbito de capacidad

permitido, adquirir la propiedad de una cosa. En este supuesto puede plantearse el problema de que la sentencia de incapacitación o de declaración de prodigalidad haya establecido por ejemplo una cantidad máxima hasta la que el incapacitado parcial puede disponer libremente; en esos supuestos si el pago de la prima fuera superior, a pesar de estar capacitado para comprar, por ejemplo, no podrá hacerlo. En el mismo caso, si el retrayente para ejercitar su derecho tuviera que abonar una cantidad superior a la permitida por ser esa la cantidad pagada por el tercer adquirente, el retrayente para ejercitar su derecho requerirá también de la intervención del curador.

#### B) Capacidad de obrar complementada

El menor emancipado (artículo 323 y 324) y el favorecido por el beneficio de la mayor edad (artículo 323.3) podrá obligarse libremente y sin consentimiento o intervención de otra persona, tanto en el momento de celebración del precontrato (abonar prima o aceptar donación), como en el de adquirir el objeto de su derecho.

Los declarados pródigos y los incapacitados judicialmente de forma parcial, requerirán la intervención del curador si así lo ha establecido expresamente la sentencia para la realización de esos actos (o para una cantidad determinada como se ha apuntado anteriormente). Si la sentencia no hubiera especificado los actos en los que sería necesaria la intervención, también se requerirá la intervención de éste (artículos 290 y 271.2: celebrar

contratos susceptibles de inscripción).

C) Falta de capacidad de obrar

Podrán ser sujetos activos quienes ejerciten la patria potestad o tutela, actuando en nombre y representación de los menores de edad no emancipados y los incapacitados.

En el primer caso, el de la patria potestad, los padres podrán obligarse, en el precontrato primero y, posteriormente en la adquisición del objeto del retracto. Si se tratara de un supuesto de donación del derecho de retracto voluntario (precontrato en el que el titular entrega gratuitamente el retracto voluntario), los padres, para renunciarlo requerirán la autorización judicial (artículo 166.2).

Esta autorización judicial es necesaria para ambos casos, si el que interviene es el tutor (artículo 271.2 "... o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción").

En este punto es necesario señalar además, que no podrá recibir una promesa de venta quien no pueda adquirir de quien hace la promesa (artículo 1.459 del Código Civil).

Establecida como necesaria para poder ser sujeto activo del retracto voluntario la capacidad para obligarse y la capacidad para adquirir, no debe olvidarse que el propio concepto de precontrato retrasa en el tiempo el momento en el que se exige el

cumplimiento de la promesa; desde la celebración del precontrato hasta la adquisición del objeto del derecho puede transcurrir un periodo de tiempo más o menos largo durante el cual la capacidad del sujeto activo puede haber cambiado. Así el menor puede haber adquirido la mayoría de edad, una nueva resolución judicial puede haber puesto fin la situación de incapacidad o reducirla de forma que el sometido a tutela sólo requiera de curador, ampliarla....

Por último es necesaria una reflexión sobre el supuesto de que el retracto voluntario se cree mediante negocio jurídico mortis causa.

En este supuesto, como consecuencia de ser nombrado heredero o legatario, será sujeto activo cualquier persona, con capacidad sucesoria, tenga la capacidad plena o no, interviniendo en caso del incapacitado o del menor de edad los padres o tutores sin necesidad de autorización judicial; en caso de renuncia, no llega a ser sujeto activo, ni por tanto a existir el derecho de retracto voluntario.

## 2. OFERENTE EN EL PRECONTRATO DEL DERECHO DE RETRACTO

Es la persona que interviene en el precontrato y que, de limitarse la existencia del retracto voluntario a la primera transmisión posibilitará, al transmitir, el ejercicio del derecho que grava su propiedad.

La capacidad que habrá de tener el oferente en el precontrato creador del derecho de retracto habrá de ser doble:

- para "ofrecer" a título oneroso o gratuito el retracto voluntario a otra persona, gravando el objeto cuya titularidad ostenta.

- para vender a un tercero el objeto del retracto y posibilitar el ejercicio de éste.

A) Capacidad de obrar plena y limitada

Podrán obligarse libremente tanto para celebrar el precontrato, como la compraventa posterior, los que tienen la capacidad de obrar plena, o aquellos que teniéndola limitada disponen de sus bienes porque así les ha sido permitido.

B) Capacidad de obrar complementada

Los menores emancipados y los favorecidos con el beneficio de la mayor edad, tanto para celebrar el precontrato (gravar), como para después vender, necesitarán el consentimiento de los padres, o en su defecto, del curador, si se trata de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

El pródigo y el incapacitado parcial, requerirá para ambos casos la intervención del curador si así lo ha establecido la

sentencia incapacitadora (artículo 289); o si esta sentencia no ha especificado expresamente cuando se requiere tal intervención (artículo 290 en relación con el 271.2).

C) Falta de capacidad de obrar

En el supuesto del menor de edad tanto para gravar (celebrar el precontrato) como para enajenar, quienes actúen en su nombre y representación serán sus padres, previa autorización del juez del domicilio (artículo 166.1) si los bienes son inmuebles, establecimientos mercantiles, industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (salvo el derecho de suscripción preferente de acciones), no así para el resto de los bienes muebles.

Asímismo en los supuestos de incapacitados totales, o menores en defecto de los padres, será el tutor quien actúe en su nombre y representación previa autorización judicial, para ambos actos, gravar y enajenar (artículo 271.2) bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, no así con el resto de los bienes muebles.

3. TERCER ADQUIRENTE Y SUJETO PASIVO ESPECIAL

Es el sujeto que aparece cuando la parte oferente del derecho de retracto voluntario en el precontrato, transmite el derecho de propiedad gravado con el retracto voluntario a un tercero, posibilitando entonces la intervención del retrayente.



A diferencia de lo que ocurre en el retracto convencional donde la participación de un tercer adquirente es una especialidad, en el retracto voluntario, como tantas veces se ha señalado, y de forma paralela a lo que ocurre en el retracto legal, es presupuesto indispensable de su ejercicio.

Al igual que ocurre con el retracto convencional, en el retracto voluntario existe una persona especialmente obligada o gravada, una persona con un deber concreto de cooperar.

Como ya se señaló en la Introducción (51) y se estudiará más adelante (52), al compartir de entre las tres posturas existentes en la doctrina sobre si, ejercitado el derecho de retracto legal (y en consecuencia también el voluntario) una vez transmitido el objeto del mismo a un tercero, se produce una resolución de ese negocio jurídico y celebración de una nueva transmisión entre propietario y retrayente, una permanencia de ese negocio jurídico con la subrogación del retrayente en lugar del tercero, o una nueva transmisión entre tercero y retrayente, ésta última, el sujeto pasivo especial, la persona con un deber concreto de cooperar, será el tercero que adquiere la cosa.

La capacidad de este tercero-retraído tendrá que ser también doble:

- para adquirir en la transmisión que posibilita el ejercicio del retracto.
- para enajenar en la transmisión que se produce como

consecuencia del ejercicio del retracto voluntario.

A) Capacidad de obrar plena y limitada

Podrán obligarse sin restricciones para adquirir primero y enajenar después, quienes tengan capacidad de obrar plena o aquellos que teniéndola limitada disponen de sus bienes porque así les ha sido permitido (éstos últimos con la posible limitación cuantitativa ya recogida al analizar la capacidad del sujeto activo-retrayente).

B) Capacidad de obrar complementada

- En el supuesto de los menores emancipados y de los favorecidos con el beneficio de la mayor edad (artículo 323.3) se plantea el problema de que mientras para el hecho de adquirir pueden obligarse libremente, para vender, requieren el consentimiento de los padres o, en su defecto, del curador.

Adquirido un bien sometido a retracto, si el retrayente ejercitara su derecho, los padres o en su defecto el curador, estarán obligados a prestar su consentimiento a la venta.

- En el caso de los declarados pródigos y los incapacitados judicialmente, tanto para la compra como para después la enajenación, se requerirá la intervención del curador, tanto si así lo ha establecido la sentencia como si no lo ha hecho expresamente.

C) Falta de capacidad de obrar

- En el supuesto del menor de edad se plantea un problema similar al del menor emancipado, por cuanto quienes ejercitan la patria potestad podrán adquirir libremente entanto que para enajenar requerirán la autorización judicial; si el juez no la diera por entender que no concurren los presupuestos necesarios para el ejercicio del retracto voluntario, habría de iniciarse un procedimiento judicial ante la instancia que fuera competente.

- En los casos de tutela, tanto para la adquisición como para la enajenación, se requiere consentimiento judicial, por lo que el juez al conceder la autorización habrá de saber que, de ejercitarse correctamente el retracto voluntario, habrá de autorizar necesariamente la segunda transmisión.

\*

\*

\*

Esa indispensable existencia de un tercero hace más necesaria en el supuesto del retracto voluntario, la protección del retrayente, y por tanto la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad.

Considerando a ambos derechos como derechos reales, los respectivos retrayentes gozan de un derecho de reipersecutoriedad que les permite dirigirse contra cualquiera que haya perturbado su derecho.

En el retracto convencional si el primitivo y actual titular de la cosa, la vende a una persona distinta al retrayente antes de que transcurra el plazo concedido para el ejercicio del retracto, está incumpliendo el precontrato celebrado. Si el retracto convencional no consta en el Registro de la Propiedad, convirtiéndose el tercero en un tercero hipotecario, por haber adquirido a título oneroso, de buena fe, de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, habiendo inscrito el derecho de cuya protección se trata, el retrayente, en base al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no podrá dirigirse contra él, pero siempre podrá ir contra el vendedor por incumplimiento del contrato, si bien ello no le lleva a la recuperación de la cosa, que es en definitiva el fin perseguido.

En el retracto voluntario la situación es distinta, por cuanto la transmisión del actual propietario de la cosa, no sólo no es un incumplimiento del precontrato, sino que es el presupuesto que va a posibilitar el ejercicio del retracto voluntario. Si éste no constara en el Registro de la Propiedad y el tercero se convirtiera en tercero hipotecario, el retrayente no tendría posibilidad de dirigirse ni contra éste último (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) ni contra aquel, por no existir incumplimiento; teniendo como única posibilidad la de demostrar ante los Tribunales la mala fe del propietario en su comportamiento al no haber procedido a comunicarle la transmisión efectuada.

Esta conveniencia de que conste inscrito en el Registro de la

Propiedad el retracto voluntario para que surta efectos frente a terceros, sin posibilitar la existencia de terceros inatacables por su condición de hipotecarios, no se produce sin embargo con el retracto legal, cuyos titulares, precisamente por tener el retracto legal origen en la ley, y tener que ser conocido en principio por todo el mundo, gozan de la protección registral contra terceros, sin necesidad de constar inscrito en el Registro de la Propiedad. Así lo establece el número 3 del artículo 37 de la Ley Hipotecaria: "Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido por esta ley. Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:... Las de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen...".

### III.- SUJETO ACTIVO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

#### I. SUPUESTO HABITUAL

Es el que se produce cuando coincide en una misma persona la calidad de ser parte aceptante en el precontrato, retrayente, y como consecuencia comprador en la compraventa consecuencia del ejercicio de éste.

Se trata de la persona que a título oneroso o gratuito se convierte en titular de un derecho de adquirir con preferencia a

cualquier otro la cosa objeto de su derecho, cuando ésta sea transmitida a un tercero.

## 2. ACREEDORES

En un intento de estudiar de forma paralela los sujetos de retracto convencional y retracto voluntario, se plantea el supuesto de que el sujeto activo del retracto voluntario, o persona con derecho a retraer la cosa objeto del mismo, no ejercite el retracto viéndose perjudicados por ello sus acreedores.

No existe como en el caso del retracto convencional una normativa específica aplicable a este supuesto, de ahí que haya que remitirse al artículo 1.111 del Código Civil y a la acción subrogatoria recogida en este artículo para las obligaciones en general.

Para que el acreedor pueda ejercitar el retracto voluntario, será preciso (53):

- que el crédito sea exigible,

- que el derecho o acción de cuyo ejercicio por subrogación se trata, sea susceptible de una utilización más provechosa que la que realiza el deudor,

- que la falta de ejercicio del mismo perjudique al acreedor, perjuicio que requiere que el deudor no esté en posesión de otros bienes que perseguidos sean suficientes para la satisfacción del crédito,

- que el ejercicio de esta acción, sea útil para la satisfacción del crédito.

### 3. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS

Existe una pluralidad de sujetos activos cuando son varias las personas titulares del retracto voluntario, bien porque todas ellas hayan sido parte aceptante en el precontrato, bien porque a una única parte aceptante le suceden varias a título oneroso o gratuito.

#### A) Intervención conjunta en el precontrato

En este supuesto varias personas aceptan el derecho de retracto que el propietario de la cosa que queda gravada por ese derecho real de adquisición, les ofrece; el ejercicio del retracto voluntario habrá de ser realizado por todos de manera conjunta, por cuanto que todos ellos son cotitulares de un único derecho de retracto voluntario.

El problema que plantea este supuesto es idéntico al que suscita el artículo 1.515 del Código Civil para el retracto

convencional, facultando al ex-comprador y actual propietario de la cosa a poder, exigir de la pluralidad de retrayentes que retraigan la totalidad, no pasando por el retracto de sólo alguna de las cuotas adquiridas.

Siguiendo la postura jurisprudencial (sentencias de 28-Noviembre 1.974, 2-Enero, 31-Mayo y 30-Junio de 1.975), y la postura basada en ella de GARCIA CANTERO de que cualquiera de los condóminos puede ejercitar acciones que redunden en beneficio de los demás, y a salvo de lo establecido en el precontrato por las partes, cabría entenderse que uno o alguno de los retrayentes podría ejercitar el derecho de retracto en provecho de los demás, salvo voluntad en contrario de cualquiera de los no intervinientes o pacto expreso recogido en ese sentido en el mismo precontrato (54).

B) Sucesión a título universal o particular.

Se trata del supuesto en que varias personas suceden a la que fue parte aceptante en un precontrato creador de un retracto voluntario.

Si la sucesión es a título universal y los bienes se hallan aun indivisos, todos los "sucesores" son cotitulares del derecho de retracto voluntario, no existe división por cuotas debiendo, para ejercitarlo actuar conjuntamente como comunidad hereditaria.



Dado lo exiguo del plazo conferido para el ejercicio del retracto, la necesidad de intervención de todos los integrantes de la comunidad hereditaria, podría hacer inviable el ejercicio del retracto voluntario, por lo que resultaría conveniente incluir en el precontrato creador, alguna estipulación que prorrogara el plazo en el supuesto de que en el momento de la transmisión del objeto del derecho, los titulares del retracto voluntario se hallaran en una situación anterior a la de la partición de la herencia.

En el supuesto de que ya se hubiera producido la partición o se hubiera realizado cualquier otra transmisión a título particular, ambos casos en favor de varias personas, se planteará la misma situación que la analizada para el caso de que hayan sido varios los intervinientes como parte aceptante.

#### IV.-PARTE OFERENTE DEL RETRACTO VOLUNTARIO EN EL PRECONTRATO

##### 1. SUPUESTO HABITUAL

El supuesto habitual se produce cuando convergen en la misma persona la calidad de parte oferente en el precontrato y parte vendedora en la compraventa que posibilite el ejercicio del mismo.

## 2. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS

Primero: Puede ocurrir que la parte oferente en el precontrato y vendedora en la compraventa no sea una sola persona, sino varias que tengan en régimen de comunidad romana el objeto cuya propiedad gravan con el retracto voluntario.

Dada la libertad de las partes de establecer cualquier condición o estipulación siempre y cuando no sea contrario a la ley, la moral y el orden público (artículo 1.255 Código Civil), aquellas podrán acordar en el precontrato tanto que el retracto voluntario tenga lugar cuando se vende cada una de las partes, y sólo en relación a esa parte transmitida; como que sólo tenga lugar cuando se venda la totalidad. A falta de pacto expreso o habiendo intervenido en un único precontrato la totalidad de los copropietarios, el retrayente sólo podrá ejercitar su derecho en el supuesto de que se venda la totalidad conjuntamente. El problema se plantearía en el supuesto de que en base al artículo 400 del Código Civil, cualquiera de los comuneros pidiera la división de la cosa y ésta desapareciera como tal a los efectos de ser el objeto de la compraventa pactada. Si bien esta situación está más ligada al ejercicio del retracto voluntario que a los propios sujetos, cabe entender que dado que el retracto voluntario se ha establecido sobre la totalidad de la cosa y en base a lo interpretado por la jurisprudencia, la adjudicación por división de la cosa común posibilitaría el ejercicio del derecho de retracto, toda vez que dentro del tipo de enajenaciones para

las que se concede el retracto, cabe incluir otras que le sean equiparables y cuya inclusión además, evita la posibilidad de burlar el derecho de retracto.

#### IV.- SUJETO PASIVO

##### 1. SUPUESTO HABITUAL

Se produce cuando una sola persona adquiere una cosa gravada con un retracto voluntario.

##### 2: PLURALIDAD DE SUJETOS

Tendrá lugar cuando el tercer adquirente que posibilita con su adquisición el ejercicio del retracto voluntario no sea una sola persona sino varias; sobre la cosa pasará a existir una comunidad romana: todos y cada uno de ellos estarán obligados, de ejercitarse el retracto voluntario a transmitir el objeto en cuestión.

## NOTAS DEL CAPITULO QUINTO

- (1) Vid. supra. Introducción. Apartado I.
- (2) RUGGIERO "Instituciones de Derecho civil", Tomo I, Madrid s/f, página 228.
- (3) SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho Civil", Tomo III, Madrid 1.900, página 6.
- (4) RUGGIERO op. cit. Señala que el deber de abstención es una obligación de Derecho público, y en modo alguno una obligación civil ya que no tiene ningún valor pecuniario.
- (5) O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo III, Madrid 1.988, página 17.
- (6) VALVERDE "Tratado de Derecho Civil español", Tomo II, Valladolid 1.936, página 23. Dice textualmente "no son esenciales las diferencias que se quieren establecer entre ambos grupos de derechos patrimoniales... sus límites son cada vez más borrosos y menor el interés de su distinción".
- (7) CLEMENTE DE DIEGO "Derecho Civil español", Tomo I, Madrid 1.929, página 302.  
"Instituciones de Derecho Civil",  
Volumen 1, Madrid 1.959, página 364.
- (8) ROCA SASTRE "Derecho hipotecario", Tomo II, Barcelona 1.968, página 618.
- (9) CASTAN "Derecho Civil español, común y foral", Tomo II, volumen 1, Madrid 1.978.
- (10) GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XIX, Madrid 1.980, página 516.

(11) GARCIA CANTERO op. cit. página 497.

(12) Sin embargo, el artículo 323 se refiere en defecto de los padres al tutor. Esta aparente contradicción no es tal, se refiere a los menores sujetos a tutela que, de llegar a la emancipación por las causas expuestas en el artículo 314, requerirán en los casos del artículo 323 el consentimiento del tutor.

(13) CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 30.

(14) GARCIA CANTERO op. cit. página 497.

(15) RIAZA "Los retractos. Errores dominantes en la materia", Madrid 1.909, página 141.

(16) GARCIA CANTERO op. cit. página 547

(17) BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código Civil español", Barcelona 1.952, página 251 y siguientes.

ALBALADEJO "Derecho Civil: derecho de bienes", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.983, página 373.

GARCIA CANTERO op. cit. página 542.

(18) CASTAN op. cit. Tomo III, Madrid 1.983, página 280.

(19) COSSIO Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, revisado y puesto al día por M. de Cossio y J. León Alonso, Madrid 1.988, página 488.

(20) BORRELL Y SOLER op. cit. página 254.

(21) RIAZA op. cit. página 762.

(22) BADENES GASSET "El contrato de compraventa", Tomo II, Barcelona 1.979, página 949.

BORRELL Y SOLER op. cit. página 253.

BONET "Código Civil comentado", Madrid 1.964, página 1.183

- CASTAN op. cit. Tomo IV, página 164.
- (23) BORRELL Y SOLER op. cit. página 254.
- (24) SERRANO SERRANO "Retracto enfiteúutico", Enciclopedia jurídica española XXVII, página 500.
- (25) GUILARTE ZAPATERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XXIII, Madrid 1.980, páginas 135 y 136.
- (26) BADENES GASSET op. cit. página 948.
- (27) GARCIA CANTERO op. cit. página 543.
- GUILARTE ZAPATERO op. cit. página 127
- (28) ROCA SASTRE op. cit. Tomo IV, volumen 1, Barcelona 1.968, página 448 y 449.
- (29) O'CALLAGHAN "Compendio..." op. cit., página 170 y "Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad (Time-sharing) Regulación legal y Derecho comparado, Madrid 1.987, página 43.
- (30) PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Barcelona 1.971, página 212.
- (31) SCAEVOLA-BONET "Código Civil comentado y concordado extensamente", Tomo XXIII, volumen 2, Madrid 1.969, página 414.
- (32) GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil, reimpresión de la edición de Madrid 1.852, Zaragoza 1.974, páginas 763 y 764.
- (33) BORRELL Y SOLER op. cit. página 250.
- (34) GARCIA CANTERO op. cit. página 549.
- (35) GARCIA CANTERO op. cit. página 550
- (36) O'CALLAGHAN "Compendio..." op. cit. página 170 y "Promoción..." op. cit. página 24.

- (37) MANRESA-BLOCH "Comentarios al Código Civil español", Tomo X, volumen 1, Madrid 1.969, página 474.
- (38) GARCIA CANTERO op. cit. página 552.
- (39) BORRELL Y SOLER op. cit. página 246.
- (40) BADENES GASSET op. cit. página 957.
- (41) GARCIA CANTERO op. cit. página 546.
- (42) ROCA SASTRE op. cit. Tomo I, Barcelona 1.968, página 655, 687 y siguientes.
- (43) GARCIA GOYENA op. cit. página 763.
- (44) GARCIA GOYENA op. cit. página 763.
- (45) GARCIA CANTERO op. cit. página 554.
- (46) Señala COSSIO que "este precepto desconoce la verdadera naturaleza de la comunidad hereditaria" op. cit. página 489.
- (47) GARCIA CANTERO op. cit. página 553.
- (48) GARCIA CANTERO op. cit. página 553.
- (49) GARCIA GOYENA op. cit. página 763.
- (50) GARCIA CANTERO op. cit. página 552.
- (51) Vid. supra. Introducción. Apartado II.
- (52) Vid. infra. Capítulo Séptimo.
- (53) ALBALADEJO op. cit. Tomo II, volumen 1, Barcelona 1.980, página 212.
- (54) GARCIA CANTERO op. cit. página 554.

## CAPITULO SEXTO

### OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y DEL RETRACTO VOLUNTARIO

#### PRIMERA PARTE. OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL

##### I.- EN GENERAL

##### II.- CARACTERES DEL OBJETO EN EL RETRACTO CONVENCIONAL

1. CARACTERES PARTIENDO DE LA ADQUISICION QUE SUPONE EL  
RETRACTO CONVENCIONAL
2. CARACTERES PARTIENDO DE LA NECESARIA COEXISTENCIA DE  
UNA COMPRAVENTA
3. CARACTERES PARTIENDO DE LA FINALIDAD DEL RETRACTO  
CONVENCIONAL



#### 4. MUEBLE O INMUEBLE

A) Regulación del Código Civil

B) Artículo 464 del Código civil

C) Diferencias entre una compraventa con pacto de retro sobre bienes muebles y una compraventa con pacto de retro sobre bienes inmuebles

III.- SUPESTOS EN LOS QUE EL OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL DIFIERE ENTRE EL MOMENTO DE CRECION DE ESTE Y EL MOMENTO DE SU EJERCICIO

1. ARTICULO 1.513 DEL CODIGO CIVIL

2. ACCESION

A) Accesión de inmueble a inmueble

B) Accesión de mueble a inmueble

C) Accesión de mueble a mueble

SEGUNDA PARTE. OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

I.- CARACTERES DEL OBJETO EN EL RETRACTO VOLUNTARIO

1. RES IN COMMERCIO

2. BIEN PATRIMONIAL

3. SAGRADAS O NO

4. CORPORAL O INCORPORAL

5. NO CONSUMIBLE O DE UTILIDAD REITERADA

6. NO FUNGIBLE

7. DIVISIBLE O NO DIVISIBLE

8. NO HA DE PERTENECER NECESARIAMENTE AL PROPIETARIO

9. MUEBLE O INMUEBLE

II.- SUPUESTOS EN LOS QUE EL OBJETO QUE SE TRANSMITE A UN  
TERCERO DIFIERE DEL OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

## PRIMERA PARTE. OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL

### I.- EN GENERAL

El objeto de los derechos reales es la cosa, definida como "toda entidad, material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente" (1).

Tradicionalmente, este objeto ha sido uno de los criterios utilizados para su caracterización (derecho que concede a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa), así como para su diferenciación con los derechos de crédito. Se contraponen la cosa corporal, específica y determinada, objeto de los derechos reales, con la prestación o acto del deudor, objeto de los derechos de crédito.

En el derecho de crédito -dice ALBALADEJO- el beneficio, la utilidad o la satisfacción de su interés que el titular obtiene por el uso del derecho, se lo proporciona la conducta del obligado (deudor); en el derecho real su titular lo obtiene directamente de la cosa (2). Y ello aun en los casos que, en la práctica, no ofrecen diferencia por encontrarse el titular del derecho de crédito en posesión y disfrute de la cosa; en el ejemplo más claro de este tipo de derechos, en el arrendamiento,

donde todo apunta a que el objeto del derecho sea la finca arrendada por ser el arrendatario quien la posee y disfruta, no existe el poder directo e inmediato sobre la cosa que caracteriza a los derechos reales.

Por lo que se refiere a los derechos reales de adquisición, el objeto no plantea -afirma GARCIA AMIGO- especiales problemas, basta con que sea identificable, pudiendo ser mueble e inmueble (3).

Los caracteres que ha de reunir el objeto de esta categoría de derechos no son idénticos para todos los que la configuran.

Es obvio que el objeto de los derechos reales de adquisición habrá de ser, por la propia finalidad que persigue el titular de estos derechos reales, una cosa (entendida en el sentido jurídico referido anteriormente) de propiedad privada, y por tanto, "res in commercio", susceptible de posesión y enajenable.

El objeto de los de origen comercial además, será generalmente de carácter no consumible, es decir susceptible de ser usado repetidamente sin por ello destruirse o perderse; ello sin embargo no es absolutamente necesario por cuanto que una persona podría estar interesada en tener un derecho de adquisición sobre una cosa consumible (por ejemplo doce botellas de vino) para el supuesto de que su propietario antes de usarla decidiera su transmisión, creando para obtenerlas un derecho de retracto.

Igualmente el objeto de los derechos de adquisición será normalmente no fungible o determinado por sus circunstancias específicas, pero también podrá establecerse, si así interesa a ambas partes, sobre un bien fungible, determinable por su número, peso, medida o calidad, así un lingote de oro o un paquete de acciones en una Sociedad Anónima.

En cuanto al carácter de mueble o inmueble, diferirá en cada caso concreto.

## II.- CARACTERES DEL OBJETO EN EL RETRACTO CONVENCIONAL

Como ocurre con los sujetos intervinientes, el objeto del retracto convencional está determinado además de por el carácter real del derecho, por la compraventa que de modo necesario e inseparable va unida a la creación del retracto convencional, de ahí que junto con los caracteres de objeto de un derecho de adquisición estén presentes aquellos aspectos determinados por ser objeto de una compraventa.

### 1. CARACTERES PARTIENDO DE LA ADQUISICION QUE SUPONE EL RETRACTO CONVENCIONAL

Partiendo de la base de que el retracto convencional es un derecho con el que se adquiere una cosa, y que ésta es toda

entidad, material o no, de naturaleza impersonal, con propia individualidad y susceptible como un todo de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente, los caracteres a reunir por ésta han de ser:

- susceptible de ser objeto de relaciones jurídicas privadas, es decir, ha de pertenecer a la categoría de "res in commercio", ya sea de una forma libre o restringida (necesidad de permisos, licencias...).

- de propiedad privada, ya sea perteneciente a un particular, ya sea perteneciente al Estado o a una entidad pública sin estar destinada al uso o servicio público (bienes patrimoniales).

- sagradas o no, siendo de propiedad privada, y siempre y cuando no sean sustraídas a su destino o dedicadas a usos profanos, y se obtengan, si fuera preciso, las oportunas licencias canónicas.

- corporal o incorporeal: tanto con entidad corporal (sólido, líquido o gaseoso), como las de entidad intelectual (obra literaria...), pueden ser objeto de retracto convencional, si bien con las licencias y permisos que en cada caso las disposiciones administrativas establezcan, y sólo (en las de entidad intelectual) en cuanto al aspecto patrimonial (poder económico que se concede al autor dirigido a obtener las utilidades pecuniarias que la obra reporte), y no al personal o

derecho moral del autor (encaminado a hacer valer los intereses ideales que la obra encierra para su autor) (4).

- divisible e indivisible: tanto las cosas si se fraccionan en partes, éstas son de la misma especie que el todo y de un valor sensiblemente proporcional al de éste (finca rústica por ejemplo, de la que se segrega una parte o se divide en varias), como aquellas cuya separación en partes las destruye como tales, pueda ser objeto del retracto convencional; cuestión distinta es que por haberse establecido este derecho sobre una cosa perfectamente identificable e individualizada, el retrayente podrá ejercitar su derecho sobre la totalidad de la cosa, aun cuando ésta se haya dividido, siempre y cuando no existan terceros hipotecarios protegidos por la buena fe registral.

## 2. CARACTERES PARTIENDO DE LA NECESARIA COEXISTENCIA DE UNA COMPRAVENTA

Partiendo de la base de que el retracto convencional va inseparablemente unido a una compraventa, el objeto,

- no ha de pertenecer necesariamente al vendedor: si bien tradicionalmente el sentido de la compraventa con pacto de retro estribaba en la posibilidad de no perder para siempre lo que por necesidades económicas por regla general, era objeto de venta, no es imperativo del retracto convencional que la cosa pertenezca al vendedor. Cabe la posibilidad de que una persona, A, venda a C



una cosa que todavía es de B, habiendo esperado precisamente para adquirirla a tener un comprador asegurado, vendiéndola a pacto de retro, porque a su vez la va a comprar gravada con ese derecho; si B ejercita su derecho de retracto contra A, éste lo ejercitará contra C.

### 3. CARACTERES PARTIENDO DE LA FINALIDAD DEL RETRACTO CONVENCIONAL

Partiendo del hecho de que con el retracto convencional se recupera para el patrimonio, algo que ha salido del mismo.

- no consumible, entendiendo por tal lo que es susceptible de ser usado repetidamente con arreglo a su naturaleza, sin por ello destruirse o perderse. Al suponer el ejercicio del retracto convencional la posibilidad de recuperar lo vendido, de que vuelva al patrimonio lo que ha salido de él, no cabe que la cosa objeto del mismo se consuma al ser usada. La persona que adquiera una cosa objeto, la adquiere para su uso y disfrute. Si ello la consumiera, no cabría su devolución cuando el retrayente ejercitara su derecho.

- generalmente no fungible; por la misma razón que la anterior, la cosa vendida que al ejercitar el retracto convencional va a ser recuperada, suele ser una cosa determinada por datos que la individualicen singularmente, de forma que el retrayente puede saber con certeza que al retraer está

adquiriendo lo que en un primer momento, vendió. El vendedor que se reserva un derecho de retracto sobre una cosa, busca con ello una preferencia frente a cualquier tercero para comprar, y de esa forma recuperar lo vendido, si esto fuera fungible o sustituible, no podría saber que se trata de la misma cosa. Ello aparte del hecho de que cuando una persona se reserva un derecho de retracto, al celebrar una venta, lo hace por el valor sentimental o económico que pueda tener la cosa, siendo por tanto perfectamente individualizable e indentificable. Sin embargo ello no obsta para que el retracto convencional pueda pactarse sobre cosas no fungibles, cuales son un lingote de oro o un paquete de acciones en una Sociedad Anónima, cualesquieran que estas acciones sean, siempre y cuando confieran los mismos derechos políticos y económicos que las vendidas.

#### 4. MUEBLE O INMUEBLE

##### A) Regulación del Código Civil

Tradicionalmente ha sido objeto de especial atención entre los autores determinar si los bienes objeto del retracto convencional deben ser de carácter mueble o inmueble, sirviendo como base a las afirmaciones de unos y otros lo establecido por el Código Civil.

Se mantiene con carácter general, que objeto del retracto

convencional pueden ser tanto los bienes muebles como los inmuebles, e incluso los semovientes (5). GARCIA CANTERO señala expresamente que "susceptibles de retracto convencional puede ser toda cosa mueble, inmueble, títulos valores.... cuya propiedad puede transmitirse por compraventa" (6); recogen la misma postura BORRELL Y SOLER, BADENES GASSET, CASALS COLLDECARRERA y GARCIA AMIGO (7).

Sin embargo, si bien todos los autores citados mantienen la posibilidad de que el objeto del retracto convencional sea tanto bien mueble como inmueble, no todos entienden, basándose en la lectura literal de los artículos 1.513, 1.514 y 1.516 del Código Civil, que ello sea aplicable en todas las ocasiones.

Si se analiza el articulado del Código Civil regulador del retracto convencional, se puede apreciar que todos los artículos a excepción de los citados 1.513, 1.514 y 1.516, hablan de "cosa vendida", en tanto que los especificados se refieren exclusivamente a supuestos en los que el objeto es una finca.

En base a ello BADENES GASSET y BORRELL Y SOLER (8) consideran que al referirse el Código Civil con evidente sentido restrictivo a la "finca", no cabe que en esos supuestos se pueda establecer un retracto convencional sobre bienes muebles. GARCIA CANTERO rechaza esta interpretación alegando para ello:

- que en este capítulo no existe una clara diferenciación de normas referentes a muebles y a inmuebles.

- que se debe entender la frase "cosa vendida" del artículo 1.517, párrafo segundo, con carácter general (9).

El estudio de los artículos del Código Civil en los que se hace referencia a una finca en lugar de a la cosa vendida que tienen su precedente en el Proyecto de 1.851 (del 1.443, 1.445 y 1.446), no descubren una motivación específica de tal diferenciación, si no es la mayor existencia en la práctica de retractos convencionales sobre bienes inmuebles.

Siendo evidente la posibilidad de que existan copropiedades sobre bienes muebles, no existe razón alguna que impida les sean aplicables los criterios adoptados por los artículos 1.514 y 1.516, tanto más cuanto el artículo 1.515 que viene a excepcionar la regla establecida en el artículo 1.514 no se refiere a la finca, sino a la "cosa vendida".

Incluso la regla establecida por el artículo 1.513 cabe ser aplicada a muebles e inmuebles al hablar el artículo 404, al que el artículo 1.513 hace referencia, de cosa y no de bien inmueble o de finca.

En la jurisprudencia se encuentran numerosos supuestos de compraventas con pacto de retro sobre bienes muebles y semovientes. Así, el caso contemplado en la sentencia de 10 de Junio de 1.876 es el de una compraventa con pacto de retro sobre esclavos negros; la de 17 de Febrero de 1.876 versa sobre una compraventa de caballos y carruajes, la de 16 de Febrero de 1.952

sobre una compraventa a retro de maquinaria e industria; la de 4 de Noviembre de 1.961 sobre una compraventa con retracto convencional de marcas registradas consistentes en la denominación "Donner J. Capdevilla", y dibujo con la inscripción "Productos Donner J. Capdevilla".

B) Artículo 464 del Código Civil

Algunos autores ven en lo establecido en el artículo 464 del Código Civil una limitación para que el objeto del retracto convencional sea un bien mueble (10) dependiendo añade GARCIA CANTERO de la mayor o menor amplitud de su interpretación, según se siga la orientación romanista o germanista (11).

Dice el artículo 464:

"La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de

Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio".

Objeto de numerosas controversias, un mejor entendimiento de su aplicación en los supuestos de retracto convencional, exige una previa referencia al primer párrafo del mismo, en su primera y segunda mitad.

Primera mitad del párrafo primero del artículo 464: Dos son, como ya se ha hecho referencia, las interpretaciones principales del artículo 464.

Según una, la denominada romanista, la frase "la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale a título" significa que tal posesión equivale al título a efectos de usucapión o prescripción adquisitiva. El artículo 464 no trasciende del plano posesorio.

Si se admite que presume un título de propiedad, no tendría aplicación el artículo 1.955 ("el dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de 3 años con buena

fe")); el título a que se refiere el artículo 464 es la base de la usucapión y por eso ya no necesita exigir el artículo 1.955.

CASTAN cita la sentencia de 19 de Junio de 1.945 como partidaria de esta postura romanista tradicional, al invocar los siguientes argumentos en favor de la misma (12):

1) No debe pensarse que el ánimo del legislador fuera transcribir pura y simplemente el precepto del Código Civil francés (que acoge la interpretación germanista), por cuanto la palabra "vol" de significado estricto viene a ser sustituida por la de "privación ilegal".

2) Tal interpretación es la más conforme con la inspiración romana que es la de nuestro Derecho tradicional.

3) La seguridad del tráfico queda salvaguardada con la vigencia de la legislación mercantil a que hace referencia el Código español (artículo 35 del Código de Comercio).

4) No puede decirse que el precepto resulte estéril a los fines de un mayor rigorismo en materia de posesión de bienes muebles, puesto que establece a favor del poseedor de buena fe una presunción de legitimidad que le exime de toda prueba, haciendo recaer la carga de ésta sobre el que alega su dominio.

5) El creciente valor alcanzado por los bienes muebles que haría sumamente peligroso la extensión de este principio en el

sentido pretendido por el recurrente.

6) El punto de vista ético, que exige no extremar las facilidades en sancionar la adquisición de la propiedad sin una transmisión de ésta por parte del que tiene derecho sobre ella.

Otras sentencias favorables a esta postura son las de 31 de Diciembre de 1.910, 13 de Enero de 1.926, 26 de Junio de 1.946, 14 de Noviembre de 1.950 y 27 de Mayo de 1.958.

Según otra interpretación, la llamada germanista, "la equivalencia de la posesión al título significa que la posesión de buena fe de los bienes muebles confiere "ex lege" al adquirente la propiedad u otro derecho real, aunque el enajenante carezca de poder de disposición, por lo que se produce una adquisición a non domino que excluye la reivindicación de la cosa por el anterior titular desposeído en el concurso de su voluntad, salvo en los casos de pérdida o privación ilegal, y sin perjuicio de las acciones personales de que siempre estará asistido el perjudicado frente al enajenante" (13).

Esta postura no obsta la aplicación del artículo 1.955 que tendrá lugar cuando el poseedor perdió o fue privado de la cosa mueble.

Defensores de esta interpretación son ALAS que fue quien por vez primera la propugnó fundadamente, ALBALADEJO, DE LA CAMARA, O'CALLAGHAN (14).



La jurisprudencia se ha inclinado a veces por esta teoría, si bien no de forma tan contundente como hacia la teoría romanista (15).

La sentencia de 3 de Julio de 1.987 parece en principio partidaria de esta postura al afirmar refiriéndose a la falta de buena fe de quien había adquirido una cosa mueble, que el precepto legal invocado, para atribuir titulación dominical exige que la adquisición de la posesión de los bienes muebles sea de buena fe".

Junto a estas dos interpretaciones VALLET DE GOYTISOLO sitúa la problemática del artículo 464 en terreno distinto al de aquellos. Para este autor, el artículo 464 no se ocupa de los modos de adquirir, sino de formular una regla que rige la reivindicación de bienes muebles, y determina lo que es título a los efectos de la reivindicación. La posesión en la reivindicación de los bienes muebles equivale al título adquisitivo en la de los inmuebles (16). Función probatoria que acepta ALBALADEJO al afirmar que "el artículo 464 hay que estimarlo, pues, también como facilitando la prueba de la titularidad de los derechos sobre bienes muebles" (17).

Segunda mitad del primer párrafo del artículo 464: Establece esta segunda mitad una excepción a la regla sentada en la primera mitad; aunque alguien haya adquirido de buena fe la posesión de una cosa mueble, el titular podrá recuperarla si es que la perdió o fue privado ilegalmente. El fundamento de esta teoría, dice DE

LA CAMARA, es que se protege al que ha confiado en una situación de apariencia para dar seguridad al tráfico jurídico: no se priva de un derecho de propiedad en beneficio de un poseedor de buena fe, sino que ante un conflicto de intereses se protege la adquisición a non domino por el poseedor de buena fe, frente al derecho del antiguo dominio que se considera extinguido (18). El término ilegalmente pudiera entenderse de manera tan amplia (así VALLET DE GOYTISOLO (19)), que comprendiera no sólo el hurto y el robo, sino también la estafa, el dolo civil, el abuso de confianza, y en suma cualquier privación que no fuere legal, haciendo reivindicable toda cosa mueble cuya posesión se haya transmitido contrariando las normas legales.

HERNANDEZ GIL apoyándose en el artículo 1.962 del Código Civil da una interpretación más restrictiva al concepto de "privación ilegal".

"Artículo 1.962: Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de pérdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1.955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo, en que se estará a lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado".

Establece este artículo un plazo de prescripción extintiva para las acciones reales de 6 años, con dos excepciones:

- que el poseedor hubiera adquirido por el plazo de

usucapión ordinaria.

- en los supuestos de extravío, venta pública, hurto o robo, casos en los que se estará al párrafo tercero del artículo 1.955, que a su vez, se remite al artículo 464.

Dado que los artículos 464 y 1.955.3 hablan de pérdida o privación ilegal, en tanto que el 1.962 se refiere a extravío, hurto o robo, puede deducirse que la "privación ilegal" ha de ser entendida como "hurto o robo", dejando un amplio margen a la regla general de la irreivindicabilidad (20).

Para DE LA CAMARA subordinar, como hace la doctrina española al interpretar el primer párrafo del artículo 464, el contenido de este artículo al ámbito fáctico de la privación ilegal, supone discutir si en los casos de abuso de confianza cabe o no la reivindicación, discusión en la que romanistas y germanistas están de acuerdo (21).

\*

\*

\*

Volviendo al retracto convencional y a la aplicabilidad del artículo 464 del Código Civil, deben analizarse los dos supuestos que pueden producirse, partiendo de una interpretación estricta del concepto de "privación ilegal", es decir entendida como hurto o robo:

- Irreivindicabilidad.

- Reivindicabilidad.

Primero: Irreivindicabilidad.

Se produciría en el supuesto en el que A vende una cosa mueble con pacto de retro a B, éste la deposita, y el depositario a su vez, la vende a C; C es, a lo efectos del artículo 464, poseedor de buena fe.

Desde una interpretación romanista, C tendría solamente un título a los efectos de la usucapión del artículo 1.955; contra él, y como consecuencia de que según esta postura no cabe una irreivindicabilidad de los bienes muebles (22) podrían dirigirse tanto B, en su calidad de propietario, como A en su calidad de titular de un derecho real, que puede dirigirse contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador (artículo 1.510).

Desde una interpretación germanista, C habría adquirido a non domino y B como propietario no podría dirigirse contra él por tener éste la posesión y haber sido adquirida ésta de buena fe, en cuanto a A, si podría dirigirse contra él a tenor del artículo 1.510 del Código Civil.

Segundo: Reivindicabilidad

Se trataría del supuesto en el que A vende a B con pacto de retro, un tercero roba a B el objeto del retracto, y se lo vende a C.

Desde una perspectiva romanista, se estaría ante idéntico supuesto al anterior; C tendría sólo uno de los requisitos exigidos por el artículo 1.955 a los efectos de la usucapión y tanto A como B podrían dirigirse contra él.

Desde una perspectiva germanista A podría ejercitar su derecho real y B, a tenor de la mitad del párrafo primero del artículo 464, podría reivindicar la cosa de la que fue privado ilegalmente.

En este último supuesto, dice el segundo párrafo del artículo 464, que el propietario deberá reembolsar el precio dado por ella si el poseedor la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, independientemente de cual fuera su valor. Si el que reivindicara la cosa fuera el propietario, es decir B, tendría que abonar a C lo que éste hubiera pagado por la cosa; sin embargo A, al ejercitar su derecho de retracto, abonaría a B el precio que hubieren pactado, por cuanto así lo establece el artículo 1.518, sin que quepa considerar este gasto como un gasto de conservación, por cuanto que B, al recuperar la cosa, no fue sino un propietario que reivindicó aquello de lo que había sido privado ilegalmente, la cosa no sufría ningún menoscabo por "salir de su propiedad".

Si por el contrario B no ejercita la reivindicación (supuesto habitual a juicio de MAZEAUD por cuanto que al tratarse casi siempre de un precio igual al valor del mueble, el propietario prefiere dejar la cosa al adquirente antes que reembolsarle el

precio (23)), y es A quien se dirige a C para ejercitar su derecho de retracto, se plantea el problema de determinar que tendrá que pagar: el precio de la venta (artículo 1.518), o el precio por el que C adquirió la cosa en venta pública (artículo 464).

SCAEVOLA entiende que si el tercero adquirió la cosa mueble sujeta a retro en venta particular, deberá restituírsela al retrayente sin recibir por ella sino el precio que éste cobró (artículo 1.518); pero si lo compró en venta pública, el retrayente deberá abonarle lo que aquel hubiera pagado en la subasta (24).

Si embargo, hay que tener presente la letra del propio artículo 464, referente sólo al propietario que pretende recuperar lo perdido, condición que no reúne el retrayente, que es sólo una persona con un derecho de carácter real que le faculta para, en un precio fijado de antemano (por coincidir generalmente con el de compraventa), adquirir la cosa objeto del mismo.

C) Diferencias entre una compraventa con pacto de retro sobre bienes muebles y una compraventa con pacto de retro sobre bienes inmuebles.

- Forma: A tenor de lo establecido en los artículos 1.279 y 1.280.1, las partes podrán compelerse recíprocamente al

otorgamiento en Escritura Pública de la compraventa y del precontrato creador del retracto convencional, si es sobre bien inmueble, no así si es mueble.

- Limitaciones: A tenor de lo establecido en los artículos 974, 975 y 976, las enajenaciones de bienes inmuebles sometidas a reserva vidual, realizadas después de contraer segundo matrimonio, sólo subsistirán si a su muerte, no quedan hijos ni descendientes del primer matrimonio; las enajenaciones de bienes muebles serán válidas, salvo la obligación de indemnizar.

- Compraventa múltiple: Si se trata de bienes muebles, la propiedad se transferirá al primero que tome posesión de ella con buena fe; si son inmuebles, al primero que haya inscrito su derecho, y haya adquirido de buena fe, como se deduce de relacionar este artículo con el 34 de la Ley Hipotecaria que, además establece que el adquirente será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro (sentencias de 29 de Octubre de 1.985, de 17 y 30 de Junio y 22 de Diciembre de 1.986, de 21 de Julio de 1.987); subsidiariamente adquirirá el primero que posea de buena fe, y subsidiariamente quien presente título más antiguo -artículo 1.473- (sentencia de 24 de Noviembre de 1.986). Si uno de los adquirentes lo ha sido con pacto de retro, pero no concurre en él la condición de ser el primer poseedor de la cosa, de haber inscrito su derecho, o de ser quien presente título más antiguo y por tanto ser el propietario, de nada valdrá el derecho de

retracto establecido.

- Pago del precio: Si se trata de bienes inmuebles, el comprador podrá pagar aun después de expirado el término establecido para ello, en tanto no haya sido requerido judicialmente o por conducto notarial (artículo 1.504); si son bienes muebles, el comprador sólo podrá pagar, salvo pacto en contrario, antes de vencer el término fijado para ello (artículo 1.505).

### III.- SUPUESTOS EN LOS QUE EL OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL DIFIERE ENTRE EL MOMENTO DE CREACION DE ESTE Y EL MOMENTO DE SU EJERCICIO

Si bien, como tantas veces se ha recogido, al analizar el objeto del retracto convencional, la finalidad de este derecho real de adquisición es la posibilidad de recuperar lo que en un momento dado ha interesado vender, y por tanto, al tratarse de recuperar el objeto ha de ser el mismo que el que se vendió, estableciendo el propio articulado del Código Civil reglas que permiten la recuperación de la cosa en idénticas condiciones en las que se vendió, existen determinados supuestos en los que esto no es así, "recuperando" el retrayente algo distinto a aquello de lo que se desprendió.

#### 1.- ARTICULO 1.513 DEL CODIGO CIVIL



Se analizó este artículo en el Capítulo dedicado a los sujetos, como regulador de un supuesto en el que el comprador con pacto de retro de una o varias cuotas de una comunidad se convierte en único propietario de la cosa comprada a través del mecanismo del artículo 404 del Código Civil.

La importancia de este artículo 1.513 con respecto al objeto del retracto convencional radica en el derecho que atribuye al comprador de exigir al retrayente que retraiga la totalidad de la cosa, y no sólo la cuota vendida.

La exigencia por parte del comprador del retracto total plantea, entonces, dos cuestiones de suma importancia:

Primero: El retrayente estará obligado a adquirir algo que antes no le pertenecía, con lo que no se tratará realmente de un verdadero retracto convencional.

Segundo: Habrá que fijar el precio a pagar por el retrayente por las cuotas adquiridas por el comprador en uso del procedimiento establecido en el artículo 404.

Primero: no se trata de un verdadero retracto convencional. Caracterizado el retracto convencional como el derecho que concede a su titular el derecho a recuperar, en las condiciones y plazos establecidos en el negocio creador, lo que ahora sale de su patrimonio, no cabe considerar que la adquisición por parte del vendedor de la totalidad de la cosa sea un retraer, sino

simplemente una obligación legalmente establecida.

Al no haber existido compraventa anterior, cabría quizá pensar en un derecho de opción, es decir un derecho que confiriera al vendedor la posibilidad de adquirir la cosa objeto del mismo, con independencia de que el excomprador lo quisiera o no.

Sin embargo, hay un matiz importante que diferencia este supuesto de la opción, y es que el retrayente no tiene el derecho, sino la obligación de adquirir.

Se trata en definitiva de un deber de adquisición establecido por el legislador para evitar una situación de comunidad considerada siempre como algo anómalo en nuestro derecho.

Segundo: Precio. BORRELL Y SOLER (25) entiende que cabe seguir dos criterios:

- partir del precio de la parte vendida con pacto de retro y establecer una proporción entre el valor de la parte de la finca vendida en esta forma y las partes no sujetas a este pacto;

- o bien, atender al precio total de la venta hecha en virtud de lo establecido en el artículo 404 del Código Civil.

Compartiendo la postura de este autor, así como la de MANRESA

BLOCH (26), SCAEVOLA-BONET (27) y COSSIO (28), cabe entender como solución más justa que el comprador rebaje del valor total de la finca, la cantidad que debería cobrar del retrayente si éste ejercitara su derecho, el resto de lo pagado será el precio de las demás partes alícuotas compradas puramente. El retrayente, de esta forma, deberá invertir la misma cantidad invertida por el condómino.

## 2.- ACCESION

Otros supuestos en los que el objeto que se retrae no es idéntico al que se vendió, y por tanto sobre el que se estableció el retracto convencional, son aquellos en los que se produce una accesión.

GARCIA CANTERO (29) apunta la falta de atención por parte de la doctrina moderna a estos supuestos y, sin embargo, la necesidad de su replanteamiento, señalando como punto clave el de "si el retrayente tiene únicamente derecho a los accesorios de la cosa existentes al tiempo de la compraventa base, o también a los que pueden merecer tal nombre al tiempo del ejercicio del retracto", sin olvidar que durante el periodo intermedio el comprador ha actuado con plenas facultades dominicales y plenas responsabilidades.

Al objeto de poder dar una respuesta, resulta necesaria la referencia a los distintos supuestos que pueden producirse:

#### A) Accesión de inmueble a inmueble

El Código Civil regula cuatro casos de accesión de inmueble a inmueble, de los que sólo se va a analizar aquellos que supongan un cambio por aumento o disminución en la cosa objeto del retractor:

a) Aluvión: establece el artículo 366 que pertenecerá al dueño de las heredades confinantes con las riberas de los ríos el acrecentamiento que reciben por efecto de la corriente de las aguas.

b) Avulsión: el propietario a cuyo terreno van a parar árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas, adquiere la propiedad de éstos, si no los reclaman en el plazo de un mes (artículo 369).

c) Mutación del cauce:

- los dueños de los terrenos ribereños adquiriran la propiedad de los cauces de los ríos que queden abandonados por variar naturalmente el cauce de las aguas (artículo 370), o a juicio del Tribunal Supremo (sentencia de 6 de Octubre de 1.987) por variación o alteración por el cambio natural.

- el dueño de la heredad en la que se abra un nuevo cauce un río navegable y flutable, lo perderá al convertirse en dominio

público (artículo 372).

d) Formación de islas: el propietario de terrenos confinantes con ríos, adquirirá las islas que por sucesiva acumulación de arrastres superiores, se vayan formando en los ríos (artículo 373).

En todos estos supuestos, el inmueble objeto del retracto sufre unas variaciones por efecto de la producción de aluviones, avulsiones... En todos ellos, la propiedad de las accesiones las adquiere el dueño de la heredad, pero sólo en tanto en cuanto es propietario de la misma, de ahí que cuando el retrayente ejercite su derecho, adquirirá el inmueble con las accesiones a que haya habido lugar, y sin necesidad de abonar nada por ellos, por cuanto nada abonó el propietario retraído. En ese sentido se expresaba GARCIA GOYENA (30).

Falto de regulación este extremo en el supuesto del retracto convencional se debe entender que las accesiones siguen a la cosa y van al retrayente sin indemnización, de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto del retraído; hay además una cierta analogía con lo establecido en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, en virtud del cual a las mejoras que no consistan en obras de conservación, reparación o seguridad, se extiende el derecho real de garantía, la hipoteca que pesa sobre la cosa aunque ésta tenga nuevo propietario.

En el caso inverso, de que la propiedad pierda por efecto de

estos fenómenos, el retrayente al ejercitar su derecho deberá salvo pacto en contrario de las partes, abonar la cantidad pactada, por cuanto que las mermas se deben a fenómenos naturales, en los que nada tuvo que ver el entonces propietario.

#### B) Accesión de mueble a inmueble

Como en los supuestos anteriores, el propietario del inmueble en el que se produce la accesión, adquiere la propiedad de ésta, debida en este caso a la mano del hombre (artículo 356 Código Civil).

Se produce sin embargo, una diferencia en este tipo de accesión con respecto a la anterior; al producirse la accesión de forma artificial o industrial, es decir realizada por la mano del hombre, el adquirente ha de indemnizar su valor al dueño de lo incorporado, en orden a evitar un enriquecimiento injusto. Del mismo modo que en el supuesto recogido por el artículo 112 de la Ley Hipotecaria y a que antes se hacía referencia, cuando las mejoras son costeadas por el nuevo propietario, no deben ser incluidas en la hipoteca; el propietario tendrá derecho a exigir su importe en todo caso (artículo 113 de la Ley Hipotecaria).

Como consecuencia, el retrayente que ejercite su derecho, además de los gastos a pagar establecidos por el artículo 1.518 del Código Civil deberá abonar al retraído los siguientes:

- el valor de los materiales abonados por el propietario

que haya realizado plantaciones, construcciones u obras, con materiales ajenos (artículo 360 Código Civil), siempre y cuando lo haya hecho de buena fe y las plantaciones, construcciones u obras permanezcan cuando se ejercite el retracto convencional.

Hay que hacer notar la importancia de la buena o la mala fe para la producción de los abonos correspondientes. La apreciación de una u otra, es a juicio del Tribunal Supremo, una cuestión de hecho reservada a la soberana resolución del tribunal (sentencias de 29 de Abril de 1.986 -Actualidad Civil 697/86-, 27 de Octubre de 1.986- Actualidad Civil 1.480/87-).

- la indemnización (gastos o aumentos de valor) pagada al que plantó, edificó o sembró de buena fe en el inmueble conforme al artículo 361 del Código Civil (sentencia de 6 de Diciembre de 1.985).

- el importe abonado por el dueño del terreno en el supuesto de que el que empleó los materiales, plantas o semillas ajenas, no tuviera bienes para pagarlos (artículo 365 Código Civil).

- el importe de los gastos ocasionados en recoger o poner en lugar seguro, los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas a otro terreno (artículo 369 Código Civil).

En este tipo de accesión existe un caso concreto de sujeto

pasivo distinto al del comprador, el retrayente debe dirigirse a persona distinta a aquella con la que celebró la venta; se trata del caso contemplado en el artículo 361 del Código Civil por el que el propietario en cuyo terreno se edifica, siembra, o planta, opta, en vez de por abonar una indemnización por obligar al que edificó o plantó, a pagarle el precio del terreno. Si así lo hace, y ese inmueble es el objeto del retracto convencional, cuando el retrayente quiera hacer uso de su derecho, habrá de dirigirse contra esta persona, en lugar de contra el que en su día fue comprador, abonando al nuevo propietario, en aplicación del artículo 1.518 del Código Civil, además del precio pactado los gastos realizados.

\*

\*

\*

Cuestión importante en este tipo de accesión es la de la llamada construcción extralimitada, o de accesión invertida o inversa, en la que una persona construye en terreno propio, pero invadiendo parte del ajeno. Este supuesto al no haber sido contemplado específicamente por el Código Civil, se resuelve aplicando las reglas de la accesión a las propias del derecho. Si actúa de buena fe el dueño del terreno y de la edificación adquiere por accesión, -en contra de la regla general en la que lo importante es el terreno "superficie solo cedit"- la franja que ocupó del predio vecino indemnizándola tanto del valor de la franja que adquiere, como de cualquier otro daño que le produzca la accesión (sentencias de 15 de Junio de 1.981, 1 de Octubre de 1.984, 11 de Marzo y 12 de Octubre de 1.985).



Fruto de tal doctrina jurisprudencial es que los requisitos que deben concurrir para que se produzca la accesión invertida son:

1) que se produzca una invasión parcial de terreno limítrofe en que se ha hecho la mayor parte de la construcción;

2) que se haya producido de buena fe;

3) que la construcción resulte en un todo indivisible;

4) que el valor de lo edificado exceda al del suelo ajeno invadido de buena fe.

Como consecuencia de esta accesión invertida, el todo indivisible pertenece por accesión, incluyendo el terreno parcialmente invadido, al constructor propietario que construyó en el suyo e invadió parcialmente al vecino (sentencias de 30 de Junio de 1.923 que mantuvo por primera vez esta postura, 31 de Mayo de 1.949, 17 de Junio de 1.971, 23 de Octubre de 1.973, 10 de Diciembre de 1.980, 15 de Junio y 30 de Noviembre de 1.981, 12 de Octubre de 1.985 -Actualidad Civil 3/86-, 24 de Enero de 1.986 -Actualidad Civil 363/86-, 19 de Abril de 1.988 -Actualidad Civil 362/88-): "lo principal pasa a ser la edificación y lo accesorio la porción de terreno invadido y consecuentemente es el suelo el que cede a la superficie"). DE SOLAS ofrece un detenido y detallado estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los problemas planteados por este tipo de accesión (31).

Si el inmueble que está sujeto a retracto convencional es aquel sobre el que se edifica la mayor parte del edificio, y que por tanto, queda ampliado con la franja adquirida por accesión, el retrayente cuando ejercite su derecho, deberá abonar, entre los gastos producidos por la construcción de la casa, la indemnización pagada al dueño de la franja adquirida.

Si por el contrario, el inmueble sujeto a retracto convencional es el invadido por la construcción, lo obtenido por el entonces propietario en concepto de indemnización deberá ser deducido de las cantidades a abonar por el retrayente al ejercitar su derecho, salvo que lo abonado por los daños ocasionados haya sido ya invertido en su reparación.

Cabe plantearse qué ocurrirá en el caso de que el constructor actuara de mala fe; siguiendo la fundamentada postura de ALBALADEJO (32) por la que el dueño del terreno invadido puede optar entre que le sea pagado su valor o exigir la demolición de lo construido sobre él, con indemnización además (en ambos supuestos), de los daños ocasionados:

- Si el inmueble objeto del retracto convencional es el del dueño que actúa con mala fe, éste no podrá exigir al retrayente, si el propietario del invadido opta por la demolición los gastos y daños que lleve consigo esta demolición dada la mala fe con la que actuó; sí podrá pedirle sin embargo, el importe del valor de la franja adquirida, si por esta solución ha optado el dueño de aquella, porque de no ser así se produciría un enriquecimiento

injusto del retrayente y porque cabe ser considerado como un gasto útil que en base al artículo 1.518 es reembolsable.

En ninguno de los dos casos, el retrayente deberá abonar al retraído la indemnización que éste haya tenido que pagar.

- Si el inmueble objeto de retracto convencional es el invadido y el dueño opta por la demolición, lo que haya de abonar el retrayente, se deducirá la indemnización por daños, si ésta no ha sido invertida en la reparación de los mismos. Si opta por el valor de la franja, se deducirá de lo que haya de abonar el retrayente, este valor, y la indemnización en los mismos términos que en el supuesto de la demolición.

#### C) Accesión de mueble a mueble

Este tipo de accesión plantea para los supuestos de retracto convencional mayores problemas que los anteriores, por cuanto, como consecuencia de la misma puede desaparecer como tal el objeto del retracto convencional; ya no se trata de variaciones por aumento o disminución de su valor, sino de incorporación de una cosa a otra formando un todo prácticamente inseparable y distinto al anterior (unión), de mezcla, o de realización de una obra distinta empleando materia ajena.

Concretando la afirmación anterior, los problemas se plantearán:

a) cuando el objeto del retracto convencional se considere cosa accesoria en la unión.

b) en todos los casos de mezcla.

c) cuando la obra que se realice sea superior en valor o más preciosa que el objeto del retracto convencional en la especificación.

a) Unión (una cosa mueble se une a otra de distinto dueño, formando con ella un todo prácticamente inseparable sin menoscabo de sus componentes)

Primero: Si el mueble objeto del retracto convencional es el calificado en la unión como cosa principal (artículo 376 y 377 del Código Civil), sin que la accesoria pueda considerarse como más preciosa (artículo 378.2 del Código Civil), y su propietario no ha actuado de mala fe, quedará en poder de su propietario junto con la accesoria, formando un todo distinto e independiente; el propietario de la cosa principal adquiere la propiedad sobre el todo sólo en tanto en cuanto es propietario de la cosa principal; cuando el retrayente ejercite su derecho lo hará sobre una cosa diferente a la que vendió, pero sobre la que mantiene el derecho de retracto; la propiedad de la nueva cosa se ha adquirido por el hecho de ser propietario de una de las cosas integrantes de la misma, el retrayente en consecuencia, cuando ejercite el retracto, lo hará sobre la totalidad, abonando lógicamente al retraído la indemnización que en su día pagó éste

al propietario de la cosa accesorio (artículo 375 del Código Civil).

Si interviene mala fe por parte del dueño de la cosa accesorio, el retrayente no sólo no abonará indemnización al no tenerse que pagar ésta, sino que se le deducirá el importe de lo abonado para indemnizar los perjuicios sufridos por el dueño de la cosa principal (artículo 379.1 del Código Civil), si ésta no hubiera sido ya invertida en repararlos.

Si por el contrario quien ha actuado de mala fe es el dueño de la cosa principal, objeto del retracto convencional, y el dueño de la cosa accesorio opta por la separación, destruyendo la cosa principal, el retrayente podrá dirigirse contra aquel por pérdida o deterioro de la cosa con las consecuencias que en el apartado referente a este punto se analizan (33). Si el dueño de la cosa accesorio opta porque se le pague el valor de la cosa, el retrayente no tendrá que abonarlo cuando ejercite su retracto convencional por haber obrado de mala fe el retraído.

Segundo: si el objeto del retracto convencional es la cosa accesorio, perdiéndola en consecuencia su propietario en favor del propietario de la cosa principal, se plantea el problema de si el retrayente podrá dirigirse contra éste en base a la naturaleza real de su derecho para recuperar el objeto del mismo, o si, al tratarse de una cosa distinta a aquella sobre la que recae el retracto sólo podrá dirigirse contra el anterior propietario de la misma, exigiendo su valor en el supuesto de que

la accesión se debiera a su actuación.

Si el propietario de la cosa accesoria la perdió por actuar de mala fe, pudiendo entender en este caso la mala fe como la simple actuación del propietario dirigida a conseguir la accesión, por ser de su conocimiento que una vez producida ésta el retrayente no podría exigir su derecho, éste podrá dirigirse contra él por la pérdida o deterioro de la misma.

Si el que actuó de mala fe fuera el propietario de la cosa principal y el de la cosa accesoria hubiera optado por recuperar la cosa con la correspondiente indemnización (artículo 379.2), al retrayente se le deberá reducir ésta, si no hubiera sido ya invertida en la reparación; si hubiera optado por el valor de la cosa, cabe entender que el retrayente al dirigirse contra el propietario que actuó de mala fe, podrá optar entre la separación o retraerla en su actual estado, abonando su valor, pero no la indemnización que en su día entregara al propietario de la cosa accesoria.

b) Mezcla y especificación: unión de varias cosas de tal modo que éstas ya ni se distinguen ni pueden separarse.

Dado que la cosa objeto del retracto convencional debe ser una cosa perfectamente identificada o identificable, una cosa no fungible ni sustituible, no cabe pensar en un supuesto de mezcla con otra cosa "de igual o diferente especie", ni menos aun, de su utilización como materia.

### 3. TESORO OCULTO

Otro supuesto en el que el objeto del retracto convencional no es idéntico al de la venta, es el del descubrimiento de un tesoro por el retraído, mientras es propietario de la cosa.

El artículo 614 del Código Civil regula el tesoro como modo de adquirir la propiedad remitiéndose al artículo 315: "El que por casualidad descubriese un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el artículo 351 de este Código".

A tenor de la definición del artículo 352 del Código Civil, por tesoro se entiende la cosa mueble preciosa y antigua -a juicio de MOREU BALLONGA (34)- cuya legítima pertenencia no consta, no siendo suficiente el mero desconocimiento, es necesario que razonablemente no pueda llegar a establecerse a qué persona pertenece (35).

El tesoro, una vez descubierto, pasa a ser propiedad:

- del propietario del terreno en que se hallara (artículo 351.1 del Código Civil)

- pro indiviso de quien por casualidad lo descubrió y ocupó, y del dueño del terreno en el que se hallare (artículo 351.2 del Código Civil).

Si el propietario de una cosa comprada con pacto de retro, adquiere la propiedad sobre un tesoro, bien pro indiviso (por haberlo encontrado casualmente un tercero), bien en su totalidad (por haberlo encontrado él), lo hace en su calidad de propietario de la cosa de forma que cuando el retrayente ejercite su derecho, nada podrá exigir al retraído.

\*

\*

\*

GARCIA GOYENA (36) se preguntaba qué ocurriría si la finca hubiera tenido aumentos naturales como el aluvión; frente a la opinión de quienes mantienen el deterioro casual de la cosa en beneficio del comprador (*ubi periculum ibi et lucrum*), afirmaba que dado que el deterioro casual de la cosa es a daño del vendedor, por qué no iba a aprovecharse del aumento igualmente casual; sin que sirviera de argumento, añadía, el hecho de que no se retraería en caso de deterioro y si de aumento, porque lo mismo podría decirse cuando el precio de la cosa subió o bajó por circunstancias ajenas al comprador. Finalmente GARCIA GOYENA advierte que la Comisión adoptó su opinión de que los aumentos naturales queden a beneficio del retrayente.

GARCIA CANTERO (37) en base a la calidad de propietario del retraído durante el periodo intermedio en el que se pueden producir las accesiones y el tesoro oculto, entiende que tanto unas como otras le pertenecen en exclusiva y no debe entregarlas al retrayente. Si el artículo 1.519 -continúa este autor-



establece que el vendedor ha de recuperar la cosa libre de toda carga o hipoteca, es justo que también la reciba libre de todo beneficio o acrecimiento ocurrido en el periodo intermedio.

Si bien eso es así, no hay que olvidar que las accesiones naturales son adquiridas por el primitivo comprador en tanto en cuanto es propietario de la cosa objeto del retracto, y no por una actividad o como producto de otros bienes de su propiedad. Ello hace pensar, que el retrayente tendrá que retraer esas accesiones junto con la cosa objeto de retracto.

Hay que pensar que el hecho de que el retraído tuviera que quedarse con esas accesiones podría incluso ser inútil para él, estando el valor de las citadas accesiones en formar parte integrante de la cosa sometida a retro.

## SEGUNDA PARTE. OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

### I.- CARACTERES DEL OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

Como en el caso del retracto convencional, los caracteres a reunir por el objeto del retracto voluntario vienen determinados por tratarse de un derecho que concede a su titular la facultad

de adquirir con preferencia a cualquier otro.

Así pues el objeto del retracto voluntario habrá de ser:

1. RES IN COMMERCIO: susceptible de ser objeto de relaciones jurídicas privadas.

2. BIEN PATRIMONIAL: de propiedad privada, ya sea perteneciente a un particular, al Estado o a una entidad pública, sin que esté destinado al uso o servicio público.

3. SAGRADAS O NO con las consiguientes limitaciones en el primer caso, de no dedicarlas a usos profanos o de obtener las licencias canónicas pertinentes.

4. CORPORAL O INCORPORAL

5. NO CONSUMIBLE: este caracter que en el retracto convencional venía determinado por el hecho de que el vendedor -retrayente buscaba con el retracto convencional la recuperación de la cosa transmitida, en el retracto voluntario viene exigida por el mero hecho de ser un derecho de adquisición-. No sería lógico establecer a favor de una persona un derecho a adquirir con preferencia sobre algo que, por el mero uso, se destruyera o inutilizara como tal.

La cosa en cuestión ha de ser susceptible de ser usada repetidamente con arreglo a su naturaleza, de tal forma que su

propietario pueda satisfacer con ella sus intereses/necesidades, de forma simultánea al mantenimiento de un derecho real de adquisición de otra persona. Mediante el retracto voluntario, el retrayente espera a que el propietario que ha usado y disfrutado de la cosa sin inutilizarla o destruirla, la venda, haciendo uso de la facultad de disposición que asimismo le corresponde a su derecho de propiedad, para poder ejercitar el derecho de retracto sobre ella, trayéndola a su patrimonio. Si la cosa fuera consumible, tal posibilidad sólo existiría para el supuesto de que el propietario vendiera la cosa antes de hacer uso de ella (por ejemplo 12 botellas de vino).

6. NO FUNGIBLE: como en el caso anterior, el carácter de no fungible del objeto del retracto voluntario está determinado por el propio concepto de éste.

Al establecerse un retracto voluntario, una de las partes concede a la otra la facultad de adquirir preferentemente una cosa, cuando aquella la venda; pero lógicamente no cualquier cosa, sino una determinada y concreta en la que el retrayente pueda estar interesado.

En el retracto convencional, el objeto suele ser fungible porque normalmente el retrayente busca en el retracto convencional la posibilidad de no perder para siempre la cosa que en su día vendió. En el supuesto del retracto voluntario, el retrayente busca simplemente adquirir algo, adquirir una cosa que podrá estar dotada de unas características que la individualizan

singularmente, que permiten que el retrayente en el momento de ejercitar su derecho la identifique como objeto del mismo o que, por el contrario, sólo sea determinable por su calidad, peso, medida...

7. DIVISIBLE O NO DIVISIBLE: la cosa objeto del retracto voluntario puede tener tanto un carácter como otro; si la cosa es inmueble, que como luego se verá, es el supuesto habitual, tanto en el caso de que el bien sobre el que se ha establecido el retracto voluntario sea dividido por el dueño y éste venda sólo una parte, o todas ellas pero a distintas personas y en distintos actos, constituyéndose una copropiedad sobre la cosa, como en el supuesto de que ésta se divida pasando a formar cosas distintas (por ejemplo una segregación de una finca), dado que el retracto voluntario consta en el Registro de la Propiedad, quienes adquieran serán conocedores de la existencia de ese gravamen, pudiendo el retrayente, en base a su derecho real, dirigirse contra ellos; si no constara y por tanto no se extendiera a él la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo podría dirigirse contra el propietario que hubiera actuado de mala fe.

8. NO HA DE PERTENECER NECESARIAMENTE AL "PROPIETARIO". Al analizar el objeto del retracto convencional (38) se concluyó que no existe razón que obligue a que la cosa esté dentro del patrimonio del vendedor, es decir éste puede transmitir a un tercero algo que todavía no es suyo, sometiéndolo además a un pacto de retro.

En el retracto voluntario no existe una venta simultánea al establecimiento del derecho, pero también puede producirse el hecho de que quien grava con un derecho real de adquisición una cosa, no sea propietario de la misma, estableciendo tal derecho para el caso de que, habiéndola adquirido, la transmita posteriormente.

En este supuesto, y especialmente si el mero establecimiento del retracto voluntario es oneroso, el importe a abonar habría de ser sensiblemente inferior, por cuanto además del riesgo de que el propietario no llegue a transmitir la cosa, existe el de que ni siquiera sea propietario.

#### 9. MUEBLE O INMUEBLE

En el momento de plantearse el estudio de si el objeto del retracto voluntario puede ser mueble o inmueble, es necesaria la referencia a su paralelo legal, el retracto legal.

Sin embargo, en la aplicación de las condiciones obtenidas del análisis de este último al retracto voluntario, deberá tenerse en cuenta que mientras el retracto legal está establecido por ley para determinadas y concretas situaciones, el retracto voluntario es libremente pactado por las partes. alguna de aquellas situaciones, alguno de los específicos casos de retracto legal, sólo son posibles con bienes inmuebles: sólo con una finca rústica cuya propiedad no exceda de una hectárea, cabrá establecer el retracto legal de colindantes; y lo mismo ocurre

con la enfiteusis, sobre fincas en las que el dominio útil y el directo se encuentran separados; y los retractos arrendaticios, sobre pisos o locales. Por el contrario, los retractos legales de comuneros o coherederos caben ser establecidos tanto para muebles como para inmuebles.

Con el retracto voluntario nada impide, en principio, que las partes que lo crean, lo hagan sobre cualquier cosa, sea ésta bien mueble o inmueble.

Define el artículo 1.521 del Código Civil el retracto legal como "el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago", entendiendo la palabra cosa, la mayor parte de la doctrina (39) en toda la amplitud de su significado, comprendiendo tanto los muebles como los inmuebles.

GARCIA GOYENA, sin embargo, entiende que la palabra "cosa" del artículo 1.450 del Proyecto del Código Civil de 1.851 (equivalente al actual 1.521) y de la Partida 5, 5, 55 no incluyen a los bienes muebles, y afirma que "dejando aparte los fundamentos de una y otra opinión, según la ley vigente, la Comisión entendió limitar la palabra cosa a los inmuebles por su mayor importancia, y por ser muy rara la comunión de cosas o bienes muebles" (40).

Frente a esta opinión de GARCIA GOYENA aducen MANRESA-BLOCH

una observación a su juicio decisiva: "desde el año 1.851 hasta la fecha se ha operado en la industria, una transformación que entonces tal vez alboreaba, pero cuyo desarrollo quizá no era dado a alcanzar en toda su integridad: la riqueza mobiliaria ha tomado una extraordinaria importancia, y sería insensato a nuestro juicio excluirla ligera e impensadamente del retracto de comuneros, que puede contribuir a su fomento y desenvolvimiento" (41).

Con carácter general, como ya se ha señalado en el apartado primero de la Primera Parte de este capítulo, GARCIA AMIGO (42) no encuentra especiales problemas en el objeto de los derechos reales de adquisición, siempre y cuando sea identificable.

En el caso concreto del retracto voluntario, como en el retracto convencional, la dificultad de su establecimiento sobre bienes muebles, estriba en el supuesto de que existan sucesivas transmisiones; al no existir un Registro en el que anotar éstas, y en el que hacer público la existencia de un gravamen de carácter real, resulta más fácil que los intereses del retrayente se vean limitados (transmisiones sin constancia de su existencia, transmisiones sin notificación al titular del derecho de retracto...), de ahí que el supuesto habitual de establecimiento de un derecho de retracto voluntario sobre bienes muebles se limite a la primera transmisión.

\*

\*

\*

En cuanto a las diferencias entre una compraventa sobre bienes muebles y otra sobre bienes inmuebles a que se hizo referencia al analizar el retracto convencional (43), sólo hay que tener en cuenta que esa compraventa en el caso del retracto convencional es doble, la compraventa simultánea en el tiempo a la creación del retracto convencional, y la compraventa que se produce como consecuencia del ejercicio de ese derecho. En el retracto voluntario las posibles diferencias que puedan producirse entre compraventa de bienes muebles y compraventa de bienes inmuebles, tendrán lugar en el momento en que el "propietario" transmita la cosa a un tercero y ejercite su derecho el retrayente.

## II.- SUPUESTOS EN LOS QUE EL OBJETO QUE SE TRANSMITE A UN TERCERO DIFIERE DEL OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

Se trata de aquellos supuestos de falta de identidad entre la cosa que gravada por el retracto voluntario vende el propietario a un tercero, y la cosa sobre la que se estableció el derecho real.

El problema que se plantea en estos supuestos es distinto a los que pueden producirse con el retracto convencional. Tal y como se estudió (44) las circunstancias que ocasionan que el objeto del retracto convencional difiera de aquel sobre el que se



pactó, se producen mientras es propietario una persona distinta al retrayente, de forma que cuando éste vaya a recuperar la cosa ejercitando su derecho, encontrará una cosa no idéntica de aquella sobre la que se pactó el derecho de retro. Habiendo pagado determinadas indemnizaciones el entonces propietario, el problema es fijar lo que el retrayente ha de pagar, además de lo pactado, para que no se produzca un enriquecimiento injusto de éste en perjuicio de aquel.

Con el retracto voluntario, este problema no se produce, por cuanto que la persona que ostenta la propiedad de la cosa sobre la que se han producido las accesiones, aumentando o disminuyendo su valor, en el momento de la venta, momento que será aquel en el que el retrayente pueda ejercitar su derecho, ajustará el precio a los mismos.

Cuando se crea un retracto voluntario, no se establece un precio de antemano, si no que se está, al menos como punto de referencia sobre el que aplicar a la alza o a la baja determinados porcentajes, al precio que haya abonado un tercero. En este precio ya estarán recogidos los aumentos o disminuciones de valor sufridos por la cosa como consecuencia de la accesión, del tesoro oculto.

No obstante si las variaciones hubieran sido realizadas voluntariamente por el propietario con el fin de evitar el ejercicio del retracto (por no servir al objeto que en principio tenía, por elevar excesivamente el precio), y el retracto fuera

de carácter oneroso, el retrayente podrá exigir al propietario las indemnizaciones que correspondan.

## NOTAS DEL CAPITULO SEXTO

(1) ALBALADEJO "Derecho Civil", Tomo I, volumen 2, Barcelona 1.980, página 80.

(2) ALBALADEJO "Derecho Civil", Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.983, página 12.

(3) GARCIA AMIGO "Los derechos reales de adquisición", Revista de Derecho privado 1.976, página 124.

(4) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1 página 470 y 471.

(5) RIAZA "Los retractos: errores dominantes en la materia", Madrid 1.919, páginas 91, 99 y siguientes.

(6) GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XIX, página 517.

(7) BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código Civil español", Barcelona 1.952, página 246.

BADENES GASSET "El contrato de compraventa", Tomo II, Barcelona 1.979, página 926.

CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 22.

GARCIA AMIGO op. cit. página 124.

(8) BADENES GASSET op. cit. página 957.

BORRELL Y SOLER op. cit. página 246.

(9) GARCIA CANTERO op. cit. página 546.

(10) MANRESA-BLOCH "Comentarios al Código Civil español", Tomo X, volumen 1, Madrid 1.969, página 459.

(11) GARCIA CANTERO op. cit. página 539.

(12) CASTAN "Derecho Civil español, común y foral", Tomo II,

volumen 1, Madrid 1.978, página 395.

(13) HERNANDEZ GIL "Nuevas perspectivas para la interpretación del artículo 464 del Código Civil", Madrid 1.976, página 16.

(14) ALAS "La publicidad y los bienes muebles", página 131 y siguientes.

ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 122 y siguientes.

DE LA CAMARA "Justificación de la interpretación germanista del artículo 464 del Código Civil". Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia número 11, Madrid 1.983, página 15 y siguientes. Este autor afirma: la protección del adquirente de buena fe no puede obtenerse, claro está más que a costa de sacrificar los derechos del propietario" (página 25).

O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo III, Madrid 1.988.

(15) Sentencias citadas por Albaladejo op. cit. página 124: nota 7: 25 de Mayo de 1.946, 13 de Febrero y 1 de Diciembre de 1.947, 22 de Diciembre de 1.956, 12 de Mayo y 18 de Diciembre de 1.958, 19 de Diciembre de 1.966, 14 de Diciembre de 1.970 y 4 de Octubre de 1.971.

(16) VALLET DE GOYTISOLO "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil", Anuario de Derecho civil 1.956, página 400 y siguientes.

(17) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, páginas 126 y 127.

(18) DE LA CAMARA op. cit. página 25.

(19) VALLET DE GOYTISOLO op. cit. página 397.

(20) HERNANDEZ GIL "Obras completas..." op. cit. página 538.

- (21) DE LA CAMARA op. cit. página 23.
- (22) MARTIN PEREZ "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo VI, Madrid 1.980, página 377.
- (23) MAZEAUD "Leçons de Droit Civil", Tomo II, volumen 2, 1.969, página 1.207.
- (24) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 790.
- (25) BORRELL Y SOLER op. cit. página 251.
- (26) MANRESA-BLOCH op. cit. páginas 472 y 473.
- (27) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 412.
- (28) COSSIO "Instituciones de Derecho Civil", revisado y puesto al día por M. de Cossio y J. Alonso, Tomo I, Madrid 1.975, página 373.
- (29) GARCIA CANTERO op. cit. página 567.
- (30) GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", reimpresión de la edición de Madrid 1.852, Zaragoza 1.974, página 766.
- (31) SOLAS RAFECAS "La construcción extralimitada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Revista Actualidad Civil 239/89, página 857.
- (32) ALBALDEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 306.
- (33) Vid. infra. Capítulo Séptimo.
- (34) MOREU BALLONGA "Ocupación, hallazgo y tesoro", Zaragoza 1.980, página 280: toda cosa encontrada, oculta, no antigua, se debe asimilar al hallazgo".
- (35) MOREU BALLONGA op. cit. página 352.

PANTALEON "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo VIII, volumen 1, Madrid 1.987, página 37 y siguientes y 359 y siguientes.

(36) GARCIA GOYENA op. cit. página 766.

(37) GARCIA CANTERO op. cit. páginas 541 y 567.

(38) Vid. supra. Apartado II.2 de la primera parte de este Capítulo.

(39) GARCIA CANTERO op. cit. página 595.

MANRESA-BLOCH op. cit. página 496.

(40) GARCIA GOYENA op. cit. página 767.

(41) MANRESA-BLOCH op. cit. Tomo X, volumen 1, página 496.

(42) GARCIA AMIGO op. cit. página 124.

(43) Vid. supra. Apartado II.4 de la primera parte de este Capítulo.

(44) Vid. supra. Apartado III de la primera parte de este Capítulo

## CAPITULO SEPTIMO

### EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE RETRACTO CONVENCIONAL Y DE RETRACTO VOLUNTARIO

#### PRIMERA PARTE. EJERCICIO DEL RETRACTO CONVENCIONAL

##### I.- SITUACION PREVIA AL EJERCICIO

1. EN GENERAL

2. SITUACION DEL COMPRADOR

3. SITUACION DEL VENDEDOR

##### II.- PLAZO DEL EJERCICIO

1. EN GENERAL

2. EXISTENCIA DE DOS PLAZOS DIFERENTES. PRORROGA

A) Plazo superior a diez años

B) Compraventa sometida a condición suspensiva

C) Posibilidad de prórroga

3. DIES A QUO Y DIES AD QUEM

III.- FORMA

IV.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL RETRAYENTE

1. INTRODUCCION

2. OBLIGACIONES DEL RETRAYENTE

A) Regulación del Código Civil



B) Precio

C) Gastos del contrato y cualquier otro pago  
legítimo hecho para la venta

D) Gastos necesarios y útiles hechos en la  
cosa vendida

E) Lo demás que se hubiere pactado

F) Otros abonos

#### V.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL RETRAIDO

1. EN GENERAL

2. OBJETO DE LA ENTREGA

3. PERDIDA O DETERIORO DEL OBJETO DEL RETRACTO  
CONVENCIONAL

4. LIBRE DE CARGAS E HIPOTECAS

5. ENTREGA DE LA COSA

VI.- FRUTOS

VII.- CONCURRENCIA

1. EN GENERAL

2. CONCURRENCIA DE DERECHOS DE ADQUISICION DE ORIGEN  
LEGAL CON DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN  
NEGOCIAL

3. CONCURRENCIA ENTRE DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE  
ORIGEN VOLUNTARIO

VIII.- EXTINCION

1. CAUSAS DE EXTINCION

A) Destrucción y salida del comercio de la cosa

B) Ineficacia del acto constitutivo

C) Consolidación

D) Renuncia

E) Caducidad

F) Ejercicio del derecho de adquisición preferente

G) Otras causas establecidas por las partes

H) Ejercicio del derecho

2. CANCELACION DEL RETRACTO CONVENCIONAL, EN SU CASO, EN  
EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SEGUNDA PARTE. EJERCICIO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

I.- EN GENERAL

II.- PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO

1. SUBJETIVOS

2. OBJETIVOS

### III.- EJERCICIO

1. REGULACION POR LAS PARTES

2. APLICACION ANALOGICA DE LA REGULACION DEL RETRACTO  
LEGAL

A) Plazo de duración y número de transmisiones

B) Transmisiones que dan lugar a su ejercicio

C) Tanteo

D) Plazo para el ejercicio del retracto

E) Forma

F) Obligaciones del retrayente y del retraído

G) Causas de extinción

H) Limitación a enajenar lo adquirido

IV.- RESOLUCION/ NUEVA TRANSMISION/ SUBROGACION

## PRIMERA PARTE. EJERCICIO DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y DEL RETRACTO VOLUNTARIO

### I.- SITUACION PREVIA AL EJERCICIO

#### 1. EN GENERAL

La configuración del retracto convencional como pacto añadido a un contrato de compraventa donde funciona como una condición resolutoria, provoca que doctrina y jurisprudencia se refieran al tiempo que transcurre desde la creación del retracto convencional hasta su ejercicio, como una situación "pendente conditione" (1), como una situación de interinidad (2), o de carácter claudicante (3); todos los actos del comprador se encuentran sujetos a la naturaleza de su dominio, y siendo éste revocable por virtud del título de su constitución, revocables han de ser también todos los pactos que realice (4) la compraventa -dice GARCIA CANTERO- desplegará todos sus efectos como si fuera un negocio puro, si bien bajo la amenaza de resolución por el ejercicio tempestivo y en forma del retracto convencional (5).

Y sin embargo, mientras el titular del retracto convencional no ejercita su derecho, el propietario de la cosa tiene un derecho de propiedad sobre ella que le permite usarla, disfrutarla, enajenarla... como a cualquier otro propietario; el

propio Código Civil en el artículo 1.510, si bien de forma poco correcta, señala que el comprador puede ejercitar cuantos derechos sean inherentes al dominio, sin que la existencia del retracto suponga una disminución de su titularidad, sino simplemente un gravamen.

Quien tiene su propiedad gravada con un derecho de retracto convencional, sólo se encuentra limitado por el hecho de que quien sea titular de ese retracto podrá adquirir el objeto del mismo en las condiciones pactadas cuando sea su deseo y con independencia de su voluntad.

## 2. SITUACION DEL COMPRADOR

A quien tiene gravada su propiedad con un derecho de opción no se le considera como un propietario "pendente conditione", sino como un propietario cuyo derecho está gravado por un derecho real. El hecho de que la cosa sobre la que recae el derecho real haya pertenecido en un primer momento al retrayente, no debe cambiar esta configuración.

El que adquiere una cosa "a retro", se convierte en propietario de la misma con todos los derechos y acciones que pertenecían al vendedor como si de cualquier otra compraventa se tratara. Su propiedad es absoluta aunque se encuentre gravada con un derecho real de adquisición, que, además ha sido establecido por él mismo.

Sin embargo, y como ya se ha apuntado, ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria dan ese tratamiento al nuevo propietario, configurándolo en todo momento como titular de un derecho de propiedad revocable provisional.

Especialmente el artículo 1.511 del Código Civil que ha sido considerado por la propia doctrina como un artículo innecesario (6) o vago y confuso (7), o de extraño significado (8).

Dice este artículo "el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones".

De la lectura de este artículo parece deducirse que lo pretendido por el legislador era poner de relieve que en tanto no se ejercite el retracto convencional, su existencia no supone una disminución en la titularidad derivada del contrato de compraventa, aunque la misma quede sujeta a los efectos de la resolución (9).

La expresión "el comprador sutituye al vendedor en todos sus derechos y acciones" quiere indicar que el nuevo propietario podrá ejercitar cuantos derechos sean inherentes al dominio como lo hubiera hecho el vendedor, hallándose una vez más el motivo de que este artículo hable de sustitución y no de transmisión -que es lo que efectivamente se produce como consecuencia de la compraventa celebrada- en la concepción tantas veces apuntada de que el retracto convencional no es sino una condición resolutoria



de la compraventa base; el comprador, dada la situación de interinidad en la que para el legislador se encuentra, simplemente sustituye; sólo en el supuesto de que el retrayente no llegue a ejercitar el retracto convencional y, en consecuencia éste quede extinguido, el comprador adquirirá -dice el Código Civil- irrevocablemente el dominio de la cosa vendida (artículo 1.509), entre tanto solamente se subroga en su lugar: "el comprador adquiere la propiedad revocable, su derecho tiene un carácter claudicante" (10), "el comprador es al menos un poseedor con justo título y buena fe -dice GARCIA GOYENA (11)-, por lo que no puede negarsele que ejerza los derechos del vendedor para utilidad y conservación de la cosa".

Esos derechos y acciones son todas las facultades que integran la relación de propiedad, así como las acciones para hacerlas valer (12); o todos los derechos, facultades y acciones que se desprenden de esta institución (13). A juicio de BADENES GASSET (14) son los que disfrutaba el vendedor antes de la celebración del contrato de venta y los que se refieren específicamente a la cosa vendida.

Si el vendedor no era propietario, en base al artículo 1.511, y a tenor del artículo 1.960.1 del Código Civil el comprador tendrá derecho a adquirir por usucapión, uniendo su tiempo de posesión al del vendedor con la finalidad de usucapir frente a un tercero (15); a su vez el vendedor-retrayente podrá unir a su posesión el tiempo que haya poseído el comprador. Así lo recogía el propio artículo 1.440 del Proyecto de 1.851, al

señalar que el comprador "... adquiere por prescripción, tanto contra el verdadero dueño, como contra los que pretenden tener derecho o hipoteca sobre la cosa vendida".

La sentencia de 7-Marzo-1.925 recogía esta posibilidad al afirmar que el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones, pudiendo ejercitar por ello todas las dominicales, que si bien estarán condicionadas durante el plazo de retracto convencional en la forma establecida en los artículos 1.520 y 1.521... razones que obligan a estimar como eficaz para la prescripción toda la posesión de los compradores, que hay que reputar que han poseído como dueños exclusivos.

Estos derechos y acciones en los que el comprador "sustituye" al vendedor tienen una limitación, la recogida en el artículo 1.572 del Código Civil en función de la cual "el comprador con pacto de retraer no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta que haya concluido el plazo para usar del retracto"; término del arrendamiento en el que habrá de tenerse en cuenta el derecho de prórroga forzosa existente en favor de los arrendatarios urbanos con carácter indefinido (artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) en todos los contratos anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo de 30 de Abril de 1.985, y durante un plazo máximo de 15 años en favor de los arrendatarios rústicos (artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de Diciembre de 1.980) y que permite a los arrendatarios seguir ocupando la vivienda/finca durante el tiempo que lo desee o durante 15 años, con las

limitaciones establecidas por cada uno de los cuerpos legales antes citados. En tanto en cuanto el arrendatario haga uso de ese derecho, el contrato de arrendamiento se entenderá vigente y el comprador a retro no podrá hacer uso de la facultad de desahuciar al arrendatario, salvo que sea por causa justificada (falta de pago, no uso...).

De entre los derechos reconocidos por el artículo 1.511 del Código Civil como pertenecientes al comprador, el derecho de hipotecar los bienes de los que el comprador es propietario se regula expresamente en el artículo 107.7 de la Ley Hipotecaria: "Podrán hipotecarse los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, de no mediar para ello precepto judicial".

A pesar del tenor literal de este artículo, la hipoteca podrá ser constituida por cualquiera que sea propietario de los bienes, no necesariamente por el comprador o su causahabiente, produciéndose a juicio de ROCA SASTRE (16) una situación equiparable a la regulada en el número 10 del artículo 107, es decir a la de la hipoteca de bienes sujetos a condición resolutoria (17).

El derecho de hipoteca, en contra de lo que pudiera

derivarse de la lectura de este artículo no recae sobre la cantidad, sino sobre la propiedad de la cosa. El que este artículo establezca que la hipoteca ha de limitarse a la cantidad que debe recibir en caso de resolverse la venta significa que, de ejercitarse el retracto convencional, la acción del acreedor deberá concretarse a la suma que el retrayente deba abonar al hipotecante, lo que no es igual a que la hipoteca que se constituya haya de ser por una cantidad mayor, por cuanto que no existe precepto alguno que prohíba que el importe asegurado exceda del valor de la cosa hipotecada.

Exige este artículo la necesidad de poner en conocimiento del retrayente la constitución de la hipoteca, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no se devuelva el precio sin conocimiento del acreedor. A juicio de ROCA SASTRE (18) por el artículo 107 queda asegurado, si bien de forma implícita el hecho de que las cantidades que deban ser entregadas al retraído queden afecta al pago del crédito garantizado. De otra forma la extinción de toda carga e hipoteca impuesta por el artículo 1.520 al ejercitarse el retracto, dejaría sin contenido las hipotecas que hubieran podido constituirse sobre los bienes objeto de retracto.

### 3. SITUACION DEL VENDEDOR

En tanto en cuanto no ejercite su derecho de retraer, el vendedor es titular de un derecho con un valor de mercado, con un

contenido económico del que puede desprenderse sin que pierda su existencia.

La doctrina coincide en afirmar que es un derecho de carácter patrimonial y no personalísimo, lo que permite su enajenación e hipotecabilidad (19).

Nada dice el Código Civil sobre la facultad de disposición del retracto convencional, debido quizás al marco de condición resolutoria en el que ha sido encuadrado este derecho, creado para recuperar lo vendido, para resolver el contrato en base al que se ha desprendido de sus bienes, no parece tener mucho sentido su enajenación.

Sí se regula, sin embargo la posibilidad de su hipoteca en el artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria: Podrá hipotecarse:

"El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria.

Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos".

La compraventa "a retro" implica un desdoblamiento dominical considerando la Ley Hipotecaria que ambos derechos, propiedad y

retracto convencional son hipotecables.

Esta posibilidad de hipotecar el retracto convencional venía recogida en la anterior Ley Hipotecaria, en el número 9 del artículo 107, de forma conjunta a la de la hipoteca de los bienes sujetos a retracto. Este número 9 partía de que lo que se hipotecaba era "lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta". Esto que a juicio de ROCA SASTRE (20) es económicamente cierto (en la práctica -dice- coincide muchas veces el valor de la carta de gracia con los dos tercios del valor de la finca al efectuarse la venta, y el tercio restante al derecho de retraer, módulo de distribución que recogía el número 10 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales), no lo es jurídicamente.

En el caso de querer ejecutar la hipoteca el acreedor no podrá hacerlo directamente, sino que previamente deberá ejercitar el retracto convencional subrogándose en lugar del deudor/retrayente para, una vez los bienes en su poder, ejecutar la hipoteca. Este proceso que dado el carácter de enajenable del derecho de retracto convencional, no se comprende, y resulta criticable por complicado e inútil, proviene de la preocupación existente en la anterior Ley Hipotecaria de que lo que se hipoteca es la finca (21). BORRELL Y SOLER en el intento de justificar este rodeo se refiere a la presencia de un tercero extraño que no interviene en el contrato de hipoteca y que ha de "eliminarse" antes de proceder a ejecutar la acción hipotecaria (22).

En el supuesto de extinción del retracto convencional debido a su ejercicio, pasando el retrayente a ser propietario de los bienes objeto del retracto, el segundo párrafo del artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria afirma que el acreedor podrá dirigir su acción directamente contra la finca que se había vendido con pacto de retro, quedando de esta forma protegidos sus intereses y evitada la posibilidad de posibles fraudes.

Si el retracto convencional no se ejercita y transcurrido el plazo legal o negocialmente establecido, se extingue, con él se extinguirá la hipoteca.

## II PLAZO DE EJERCICIO

### 1. EN GENERAL

El Código Civil en su artículo 1.508 establece dos plazos para el ejercicio del retracto convencional, uno de carácter subsidiario (cuatro años), para el supuesto de que las partes no hayan pactado ninguno, y otro de carácter imperativo y obligatorio que actúa como límite máximo para los casos en los que los contrayentes sí hayan establecido una duración para ejercitar el retracto convencional (diez años).

Con ello el Código Civil ponía fin a las discusiones existentes entre los que defendían la prescripción del derecho de retracto convencional en 20 o 30 años según la consideraran acción personal o real (en base a lo que establecía la Ley 63 de Toro) (23), y los que sostenían su imprescriptibilidad.

Entre estos últimos se encontraban AGUIRRE Y MONTALBAN (24) para los que con arreglo a las Partidas, si no se prefija jamás prescribirá, de suerte que siempre que el vendedor o sus herederos quieran recobrar la cosa, podrán hacerlo.

También OTTO Y CRESPO afirmaban la necesidad de que el tiempo para su ejercicio fuera perpetuo, refiriéndose a como ni la Ley 2ª, título 54, libro 4 de Código Romano, ni la Ley del Digesto (Quod si nolit 31 párrafo 22 De crediticio edicto), recogían ninguna limitación. Razones de carácter moral (proteger la esperanza de recobrar lo vendido en momentos de estrechez) y de utilidad (el comprador puede gozar de los frutos por menos dinero de su valor), apuntaban para este autor a la imprescriptibilidad de este derecho (25), añadiendo a esas razones:

- que toda obligación y acción puede establecerse por tiempo indefinido, si esa es la voluntad de las partes,

- que las condiciones puestas a los contratos pueden cumplirse en cualquier tiempo,



- que el hecho de que el vendedor no tenga todo el tiempo para rescatar fomenta la usura,

- que la acción de retraer no puede incluirse en el supuesto de la Ley 63 de Toro porque no está constituida para asegurar una deuda como parte integrante de esa singular especie de contrato.

Sin embargo y, a pesar de los precedentes del Derecho Romano y las Partidas, doctrina y jurisprudencia fueron inclinándose progresivamente hacia el establecimiento de plazos que limitaran en el tiempo el ejercicio del retracto convencional. Así GARCIA GOYENA en sus comentarios al artículo 1.437 del Proyecto afirma que "el bien público no permite que se prolongue por demasiado tiempo una incertidumbre que necesariamente ha de perjudicar los intereses de la agricultura y el comercio" (26).

El Tribunal Supremo debatiéndose entre calificar el retracto convencional como acción real unas veces, y como personal otras, rechaza la imprescriptibilidad del retracto convencional. La sentencia de 3 de Diciembre de 1.864 recoge una prescripción de 30 años; la de 17 de Marzo de 1.865, calificándole como personal, una duración de 20 años. La de 17 de Noviembre de 1.865 señala que "la prescripción consignada en la Ley 5<sup>a</sup>, título 8, libro 11 de la Novísima Recopilación, 63 de Toro, alcanza a todas las acciones, tanto reales como personales o mixtas, por ser sus principios generales de alto interés público y social, aplicables a las disposiciones de Derecho Civil, y su principal objeto,

asegurar el dominio y la propiedad que de otro modo podría quedar en incierto por tiempo indefinido.

En parecidos términos se pronuncia la sentencia de 12 de Diciembre de 1.865, y atribuyendo a la acción que se deriva del pacto de retro, la naturaleza de personal, o personal e hipotecaria, y por lo tanto mixta, considera que "es claro que prescribe por el transcurso de 20 o 30 años".

Las sentencias de 10 de Diciembre de 1.867, 12 de Mayo de 1.875 afirmaron que los pactos de retroventa perpetuos son nulos.

Con el establecimiento por parte del Código Civil de unos plazos legales para el ejercicio del retracto convencional "ha cedido toda polémica porque de modo muy concreto y claro decide cual es la duración del derecho de retracto convencional, y lo decide acertadamente... contemplando aquella pública conveniencia, la del bien general" (27).

Y mientras para autores como SCAEVOLA-BONET (28) "el Código Civil español merece elogios incondicionales por su oportunismo y por el acierto de fijar dos plazos; además se manifiesta coherente con sus ideas, pues el retracto prolongado torna incierta la propiedad y redundante en menoscabo de la misma"; para GARCIA CANTERO (29) si bien es indiscutible la duración temporal del retracto convencional como ocurre con todos los derechos reales de adquisición preferente, no resulta tan evidente el mantenimiento de los plazos fijados en el artículo 1.508, sobre

todo en comparación con las regulaciones forales (con plazos muy superiores de hasta 30 años) y de los Códigos extranjeros más recientes (en los que se señala un plazo distinto según la naturaleza del bien).

Establecidos por el Código Civil dos plazos de duración para el retracto convencional, se plantea la naturaleza jurídica de esos plazos.

La mayor parte de la doctrina mantiene que es un plazo de caducidad, en consecuencia no admite interrupción ni se suspende por causa alguna. Así PEREZ GONZALEZ y ALGUER, CASALS COLLDECARRERA (32), ALBALADEJO, PUIG BRUTAU y GARCIA CANTERO (30). Este último afirma no sólo el carácter de caducidad del plazo, sino la imposibilidad de que las partes pacten expresamente que el plazo sea de prescripción y no de caducidad, por entender que la propia naturaleza del plazo es de orden público y, en consecuencia imperativo.

Sólo BORRELL Y SOLER (31) se muestra partidario de que sea un plazo de prescripción al hablar de que "la prescripción de este derecho debe regirse por el artículo 1.969 del Código Civil".

El Tribunal Supremo se muestra partidario de la naturaleza de caducidad del plazo que se establezca para el ejercicio del retracto convencional. Destaca la sentencia de 26 de Enero de 1.952 que declaró en su primer considerando que no era posible revivir el derecho de retracto convencional transcurrido el

plazo, "pues en este supuesto se produce irremisiblemente el fenecimiento del retracto convencional, y el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio de la cosa vendida por caducidad del derecho a recuperarla conforme a lo dispuesto en los artículos 1.507 a 1.509 en relación con el artículo 1.518 del Código Civil.

La sentencia de 28 de Junio de 1.961 en el mismo sentido afirma que el plazo al no ser prescripción sino caducidad puede y debe estimarse de oficio.

La sentencia de 8 de Noviembre de 1.985 declaró sin efecto el retracto convencional convenido por no haberse pagado la cantidad correspondiente en el plazo de caducidad puesto de 10 años.

El transcurso del plazo establecido por las partes o, en su defecto el de cuatro años, sin que el retrayente haya ejercitado su derecho, supondrá en consecuencia la extinción por caducidad del retracto convencional y la desaparición de la limitación existente sobre el derecho de propiedad de quien hubiere sido retraído.

## 2. EXISTENCIA DE DOS PLAZOS DIFERENTES. PRORROGA

El artículo 1.508 del Código Civil es un artículo innovador y novedoso al introducir dos plazos distintos, uno de carácter

subsidiario y otro de carácter imperativo; se separa con ello de los criterios seguidos por otros Códigos, e incluso por el Proyecto de 1.851 cuyo artículo 1.437, si bien establecía un plazo de cuatro años, lo hacía de forma unitaria.

El Código Civil establece un plazo de cuatro años para aquellos supuestos en los que los contratantes no estipulen nada al respecto; y un plazo de 10 años como límite máximo para cuando las partes acuerden establecer uno. "El primero -señala SCAEVOLA BONET (32)- representa el término medio de los varios plazos fijados por los Códigos extranjeros, y cuando las partes no preven expresamente la duración del retracto, puede sobreentenderse sin gran violencia, que no tienen interés en diferir la resolución del contrato, por lo que no puede tildarse ni de breve ni de largo el plazo legal de cuatro años que es lapso bastante para que el vendedor, sin precipitaciones ni apremios, prepare todo lo conducente para la recuperación de su dominio.

GARCIA CANTERO (33) para el que, ya se ha señalado, no resulta evidente el mantenimiento de estos plazos, muestra su especial disconformidad con el de 10 años excesivamente corto en comparación con las legislaciones forales donde rige el de 30 años, sin que la mayor duración del mismo haya fomentado, a su juicio, la usura, criterio éste de la usura que precisamente era utilizado por quienes defendían el carácter imprescriptible del retracto convencional al entender que se daba mayor facilidad para recuperar lo vendido a quien en un momento dado se había

visto obligado a ello (34).

La posibilidad de que permita un plazo más largo perjudicará al comprador si se ejercitara el retracto por la constante depreciación del dinero, puede además soslayarse con el establecimiento (en base al artículo 1.507 in fine) de cláusulas de estabilización que supondrán, eso si, un aumento del precio de la venta (35).

El plazo de 10 años actúa solamente como límite máximo, de forma que las partes son libres de determinar cualquier plazo para el ejercicio del retracto convencional, siempre y cuando sea inferior o igual a los 10 años.

La existencia de ese límite plantea varios problemas:

Primero. ¿Qué ocurre en el supuesto de que las partes hayan establecido un plazo superior a 10 años?

Segundo. ¿Qué ocurre si la compraventa está sometida a condición suspensiva, o el ejercicio del retracto convencional a término?

Tercero. En caso de establecimiento de un plazo por las partes ¿cabe su prórroga?

Primero. Plazo superior a diez años.

Si las partes, haciendo caso omiso de lo establecido en el artículo 1.508 establecen que el retracto convencional podrá ejercerse durante un plazo superior a 10 años, habrá que entender que la estipulación es nula en cuanto al tiempo que sobrepase los 10 años.

Así lo entienden DIEZ PICAZO y GULLON (36) y GARCIA CANTERO aduciendo este último para ello, que es la solución más acorde con el deseo de conservación del negocio, y por poder estar incluso implícitamente recogido en la letra del artículo 1.508.2, al disponer que en caso de estipulación, es decir cualquiera que sea el acuerdo de las partes y tanto si es el plazo inicial como si es por prórroga, el plazo no podrá exceder de 10 años, produciéndose una conversión legal al plazo máximo, en lugar de la nulidad del negocio (37).

En idénticos términos se expresa el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Marzo de 1.851 que declaró la nulidad en cuanto excediera del plazo de 10 años.

Segundo. Compraventa sometida a condición suspensiva.

En el supuesto de que la compraventa que se celebra de forma simultánea al precontrato creador del retracto convencional estuviera sometida a condición suspensiva, y por tanto sometida su eficacia al cumplimiento de un determinado hecho el plazo para ejercitarse el retracto convencional no comenzará hasta el cumplimiento de la condición suspensiva, por cuanto mientras ello

no ocurra, el vendedor sigue ostentando el derecho de propiedad sobre la cosa, y lógicamente no podrá recuperar algo de lo que todavía no se ha desprendido. De esta opinión son SCAEVOLA (38) BADENES GASSET (39) y GARCIA CANTERO (40).

Cuestión distinta es el establecimiento de un término en el precontrato que da origen al retracto convencional; si las partes acuerdan que durante un periodo determinado el retrayente no podrá hacer uso de su derecho, ese periodo ha de quedar necesariamente incluido en el plazo de duración del retracto convencional, porque de no ser así sería fácil no respetar el límite establecido de 10 años (41).

#### Tercero. Posibilidad de prórroga.

La doctrina (42) y la jurisprudencia (43) coinciden en afirmar que, establecido un plazo por las partes, existe la posibilidad de por acuerdo posterior prorrogar su duración. Ello siempre y cuando se respeten 3 limitaciones:

- que la prórroga se acuerde antes de que expire el plazo estipulado por cuanto una vez vencido, el derecho se ha extinguido por caducidad, y no cabe prorrogar un plazo para ejercitar algo que ya no existe.

Así lo señalan las resoluciones de 27 de Julio de 1.910 y de 4 de Noviembre de 1.919: "una vez consumada la venta por el transcurso del plazo, el comprador puede si quiere devolver el



objeto, pero ya no se tratará de una retroventa provocaría una transferencia orientada hacia el porvenir en vez de revocar el dominio con modalidad retroactiva". También en ese sentido la sentencia de 26 de Mayo de 1.930 afirma que "por lo que transcurridos los cuatro años estipulados e incluso los diez, en caso de que pudiera entenderse la prórroga de esos cuatro, el retracto convencional ha caducado".

- que no exceda, sumada con el plazo ya transcurrido, los diez años (sentencia de 26 de Mayo de 1.930). De no ser así, sería una vía fácil de transgredir la norma imperativa del artículo 1.508.

Si el número de años a prorrogar el plazo supera los diez años, se produciría la misma situación ya analizada de que el pacto inicial fuera superior a 10 años: se consideraría nulo sólo el exceso de años, no la prórroga completa.

- hacerlo constar en el Registro con el fin de que surta efectos contra terceros.

En el marco de la posibilidad de prorrogar el plazo establecido para el ejercicio del retracto convencional, cabe decir además que caben tantas prórrogas como las partes así lo acuerden. La citada sentencia de 26 de Mayo de 1.930 establece, en ese sentido, que "la circunstancia de que la finca enajenada continúe largo tiempo mediante prórrogas sucesivas en poder de los recurrentes, no altera su naturaleza jurídica".

Hasta ahora se ha analizado la prórroga del pacto establecido negocialmente, pero cabe plantearse también la posibilidad de prórroga del plazo legal de cuatro años. Para SERRANO los contratantes al no establecer nada, se someten a lo que prescribe el Código Civil, careciendo en consecuencia de la potestad de modificar el plazo de cuatro años (44). GARCIA CANTERO por el contrario, entiende que dado el carácter supletorio de este plazo legal, las partes al no establecer nada, saben que regirá el plazo de cuatro años, por lo que su silencio ha de interpretarse como estipulación tácita sujeta por tanto a posible prórroga de igual forma que si expresamente hubieran pactado ese plazo de cuatro años (45).

### 3 DIES A QUO Y DIES AD QUEM

Por último, cabe plantearse el momento de inicio y término del plazo establecido para el ejercicio del retracto convencional.

En cuanto al comienzo, el Código Civil establece que el plazo de cuatro años se contará a partir de la fecha del contrato, regla que hay que aplicar igualmente al plazo de los diez años.

La razón de esta regla hay que buscarla en el propio concepto del retracto convencional. El retracto es un derecho real de adquisición, esto es un derecho que permite adquirir con

preferencia a cualquier otro una cosa, que en el caso concreto del retracto convencional salió de su patrimonio.

Para que este derecho pueda ser ejercitado, es necesario por tanto que el objeto no le pertenezca, que haya salido de su patrimonio de una manera real y efectiva, que, en definitiva, el contrato por el que la cosa dejó de pertenecerle sea perfecto y haya desplegado todos sus efectos.

Así pues no basta con identificar la fecha del contrato con el de su celebración, porque y así lo señala GARCIA CANTERO (46) puede ocurrir que el contrato celebrado nunca llegue a consumarse por falta de tradición. Es necesario entender por fecha de contrato aquella en la que éste se consumó mediante alguna de las formas de tradición, correponiendo al retrayente probar esta fecha.

Consumado el contrato, inmediatamente después, salvo pacto en contrario de las partes, el retrayente puede ejercitar su derecho, de ahí que la fecha a tener en cuenta como punto inicial sea la del contrato que no ha de coincidir necesariamente con la fecha que figure en el documento, sino con aquella en la que la transmisión inicial sea perfecta.

La posibilidad de ejercicio desde el momento de su creación es precisamente una de las características que distinguen el retracto convencional y el derecho de opción en general, de los demás derechos de adquisición preferente; el retrayente y el

optante pueden ejercitar su derecho inmediatamente después de que éste haya sido creado, sin depender de la voluntad del propietario, ni de la producción de ninguna transmisión; los titulares de los demás derechos reales de adquisición, para ejercitar su derecho deberán esperar a que el propietario se decida a transmitir, o haya transmitido el objeto de su derecho, contándose en consecuencia el plazo de ejercicio no desde su creación sino desde esta transmisión.

En cuanto al modo de contar el plazo de ejercicio del retracto convencional hay que partir de la base de que se trata de un cómputo civil (regla adoptada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia en sentencias de 16 de Diciembre de 1.968, 30 de Enero de 1.974 y 1 de Febrero de 1.977), en el que no se descuentan los días inhábiles (artículo 5.2 del Código Civil).

Como tal cómputo civil, en los plazos fijados por días, y salvo acuerdo en contra de las partes (artículo 5 del Código Civil) el día inicial no se incluye, empezándose a contar desde el siguiente (*dies a quo non computatur in termino*) regla que es recogida con carácter general.

En cuanto al día final aunque nada diga el Código Civil, con carácter general (si lo hace para determinadas instituciones -artículo 1.960, usucapión-, y es tenido como algo evidente -sentencia de 12 de Mayo de 1.973-), se incluirá por entero dentro del tiempo: "*explito ultimo die eiusdem numeri*".

Si el tiempo se ha fijado por meses o años, se computarán de fecha a fecha (artículo 5).

BORRELL Y SOLER considerando el plazo establecido para el retracto convencional como un plazo de prescripción y no de caducidad, aplica el artículo 1.969 del Código Civil, incluyendo en el cómputo el primer día ("la prescripción se contará desde el día en que pudiere ejercitarse" por lo que no cabe excluir el mismo día en que se otorgó el contrato) (47), y el último por entero (como el primer día es incompleto y no existe disposición que exige expresar la hora en que se celebró el contrato, el último día del plazo debe contarse por entero).

### III.- FORMA

Nada dice el Código Civil sobre la forma de ejercitar el retracto convencional, limitándose a señalar los requisitos que el retrayente ha de cumplir para no perder irrevocablemente el dominio de la cosa vendida (artículos 1.509 y 1.518).

Lo que se plantea es el modo en el que el retrayente habrá de dirigirse, dentro del plazo del artículo 1.508, y al propietario del bien, para comunicarle el ejercicio de su derecho.

Tampoco la doctrina ni la jurisprudencia se refieren a ello en profundidad, siendo pocos los autores que, al menos lo

mencionan.

Para PEREZ GONZALEZ y ALGUER (48) es necesaria una declaración de retracto convencional, declaración que es unilateral, recepticia y no sujeta a forma; en parecidos términos se expresa O'CALLAGHAN (49).

CASALS COLLDECARRERA introduce una característica más, y es que se haga de un modo fehaciente que garantice una fecha cierta (por ejemplo requerimiento notarial en el que figure el ofrecimiento de pago) a efectos del plazo (50).

No se debe olvidar que el retracto convencional es un derecho creado por un precontrato, un derecho que permite a su titular el exigir a la otra parte del precontrato o a quien ocupe su lugar, el cumplimiento de la promesa.

Tal exigencia tiene a juicio de DE CASTRO (51) naturaleza de declaración contractual, pues con ella se obliga no sólo a quien se pide que cumpla, sino también quien la realiza.

Para este autor, los requisitos para realizar esta declaración son los siguientes:

- quien la realice habrá de tener la capacidad exigida por la obligación que se contraiga al ejercitar la acción, sin que tenga importancia la capacidad de quien está obligado por la promesa que solo tiene que cumplir.

- la forma habrá de ser la misma que hubiera de tener la promesa de contrato, pues no es admisible que en un contrato solemne, una de las declaraciones determinantes de sus efectos carezca de solemnidad.

- habrá de ejercitarse dentro del plazo fijado.

Aplicando tales requisitos al supuesto del retracto convencional, podrá concluirse que el retrayente para ejercitar su derecho deberá dirigirse dentro del plazo negocial o legalmente establecido, al propietario de la cosa comunicando su intención de ejercitar el retracto y, en consecuencia, exigiéndole el cumplimiento de lo prometido.

Esta declaración es recepticia, es decir el retrayente deberá asegurarse de que el propietario la recibe, y en la misma hará constar su compromiso de cumplir lo establecido en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado en el momento de ejercicio.

Siguiendo a CASALS COLLDECARRERA y con el objetivo de tener una garantía no sólo en cuanto al plazo, sino también en cuanto a su propia existencia, la declaración habrá de hacerse mediante documento fehaciente (52).

El ejercicio, dice GARCIA AMIGO (53), tiene dos formas fundamentales de actuación: una, extrajudicial cuando los que han

de colaborar jurídicamente con el titular del derecho real de adquisición que se ejerce, lo hacen voluntariamente; y otra judicial, cuando haya que obligarles a través de los tribunales.

En el supuesto de conformidad entre ambas partes, y de estar inscrito en el Registro de la Propiedad el retracto convencional, habrá de procederse al otorgamiento de una escritura pública en la que se recoja el ejercicio efectivo del retracto convencional con el cumplimiento de lo legal y negocialmente prescrito: escritura pública que presentada en el Registro provocará que tenga efectos frente a terceros la extinción del retracto convencional.

De no estar inscrito el retracto convencional, no resultará necesario el otorgamiento de escritura pública, pero no hay que olvidar que la transmisión requiere título y modo, y que por tanto habrá que respetar lo establecido a estos efectos por el Código Civil. En ese sentido, aunque con referencia a un supuesto de declaración judicial del retracto convencional, la sentencia de 30 de Octubre de 1.946 señaló que la mera declaración de haber lugar al retracto convencional no es por sí sola eficaz para que la propiedad pase al retrayente.

GARCIA AMIGO recoge esa necesidad de que exista título y modo de acuerdo con la Teoría General que nuestro ordenamiento jurídico acepta para la adquisición de los derechos reales (54).

\*

\*

\*



Si por el contrario, el retraído no se aviene voluntariamente al ejercicio del retracto convencional, el retrayente deberá iniciar el correspondiente proceso judicial con la consignación de aquellas cantidades que conozca por estar fijadas o por ser determinables.

Es importante destacar, siguiendo la concepción del precontrato de DE CASTRO (55) que la negativa a cumplir del obligado por el precontrato, no conlleva simplemente un derecho a indemnización por daños, como entienden algunos autores al considerar que de lo que se trata es de obligar a una persona a celebrar un nuevo contrato, y en consecuencia, a un hacer personalísimo (56), sino que posibilita la condena del que prometió la venta a la entrega de la cosa y al otorgamiento de la escritura pública. De esta opinión son las sentencias de 31 de Enero de 1.921, 16 de Abril de 1.941, 7 de Febrero de 1.945, 6 de Marzo de 1.947, 1 de Julio de 1.950; ésta última sentencia dice expresamente que "para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato.

En cuanto a qué procedimiento judicial habría de incoarse, en contra de lo tradicionalmente mantenido (57), cabe entender que no sería el regulado en los artículos 1.618 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicables, exclusivamente a los retractos legales.

Juega en la interpretación de estos artículos la misma confusión tantas veces resaltada entre el retracto convencional y el paralelo negocial del Retracto Legal. Denominados ambos retractos, se pretende dar una misma regulación al procedimiento judicial seguido en uno y otro caso, cuando los presupuestos no coinciden: no cabe el establecimiento de un plazo para interponer la demanda a contar desde la transmisión realizada, por cuanto no existe transmisión; ni cabe exigir un compromiso al retrayente de conservar la situación patrimonial que se produce como consecuencia del ejercicio del retracto.

El retracto convencional es un derecho real de adquisición creado por un precontrato, y el incumplimiento de lo en éste establecido por cualquiera de las partes, deberá seguirse en un proceso ordinario, en el que corresponda en función de la cuantía (artículo 483 y 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Deberá ir acompañado necesariamente de la consignación de aquellas cantidades que a tenor del artículo 1.518 haya de abonar, y conozca el retrayente. Tal consignación será una prueba de que la verdadera intención del retrayente es ejercitar su derecho, y servirá simultáneamente para el retraído.

Otorgado el correspondiente documento de ejercicio del retracto, cabe plantearse si bien sucintamente el tratamiento fiscal del mismo a diferencia de lo que ocurre cuando lo que existe es el cumplimiento de una condición resolutoria (devolución de lo abonado en concepto de transmisiones a tenor de

lo establecido en el artículo 2 en relación con el 81, del Real Decreto 3.494/81 de 29 de Diciembre), de cuando se ejercita el retracto convencional, no sólo no hay devolución (expresamente excluida por el número 6 del artículo 61 del Real Decreto citado), sino que además se produce una nueva liquidación por tratarse de una transmisión distinta a la anterior; el artículo 17 del Real Decreto establece sin embargo, unas reglas específicas de cálculo de la base imponible tanto para la compraventa base, como para la transmisión producto del ejercicio del retracto convencional.

#### IV.-DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL PRIMITIVO VENDEDOR/ACTUAL RETRAYENTE.

##### 1. INTRODUCCION

El Código Civil en su configuración del retracto convencional como una condición resolutoria, trata de evitar que la resolución de la compraventa suponga perjuicios para quien, ejercitado el retracto convencional se ve obligado a transmitir la cosa que en su momento adquirió. En su articulado aparecen las obligaciones que habrá de cumplir el vendedor en el supuesto de que quiera ejercitar el retracto convencional.

Pero antes de iniciar el análisis del artículo 1.518, es

necesario destacar algo importante. Hasta ahora y dada la concepción que tradicionalmente se ha mantenido del retracto convencional, lo establecido por el artículo 1.518 así como luego se verá por los artículos 1.519 y 1.520, era considerado como devoluciones que era necesario realizar para que la resolución se llevara a cabo. El vendedor debe devolver el precio y los gastos, mientras que el comprador debe entregar la cosa libre de cargas y de gravámenes, con el fin de que ambos queden en idénticas condiciones que antes de pactar el retracto convencional.

Entendido el retracto convencional como un derecho real de adquisición consistente en la posibilidad de su titular para adquirir una cosa que antes había salido de su patrimonio, hay que interpretar los artículos 1.518, 1.519 y 1.520 como artículos reguladores de las condiciones a establecer en el precontrato a celebrar de forma simultánea a la compraventa, y del que nace el retracto convencional.

## 2. OBLIGACIONES DEL RETRAYENTE

### A) Regulación del Código Civil

El artículo 1.518 establece:

"El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además:

1º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

2º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida".

Este artículo 1.518, interpretado a la luz de lo establecido en el artículo 1.507 ("... con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado"), viene a imponer un mínimo a cumplir, pero no prohíbe el establecimiento de un mayor número de obligaciones para el retrayente. Así lo entienden SERRANO, ALBALADEJO, GARCIA CANTERO (57). Para MANRESA (58) tal posibilidad existe si bien, de fijarse un precio mayor o menor, no se estaría ante el retracto convencional del Código Civil sino ante un derecho de retraer de carácter convencional que produce efectos jurídicos. CASALS COLLDECARRERA (59) afirma que sí cabe el pacto de un precio inferior al pagado, pero en el pacto de uno superior existe la presunción de usura.

No comparte esta opinión GARCIA CANTERO para el que si bien es posible el establecimiento de cláusulas de estabilización como medio lícito para luchar contra el constante deterioro del dinero, sólo serán válidas aquellas cuyo efecto sea aumentar y no disminuir el precio de la venta (60).

Así se deriva también del propio origen del retracto convencional. Las partes en el momento de celebración de la compraventa, y simultáneamente de celebración del precontrato

fijan las obligaciones a cumplir por comprador y vendedor de un lado, y por el retrayente y retraído por otro; de la misma forma que sobre el vendedor pesa la obligación de entrega y saneamiento de la cosa objeto de venta (artículo 1.461), y sobre el comprador la de pagar el precio (artículo 1.500), el retrayente, deberá, como mínimo, cumplir lo exigido en el artículo 1.518.

#### B) Precio

a) Dice el artículo 1.518 que el retrayente habrá de reembolsar el precio de la venta, por tanto lo que pagó el primitivo comprador al vendedor en el momento de celebración de la compraventa con independencia del valor que la cosa tenga en el momento de ejercitarse el retracto. Así lo recoge GARCIA CANTERO (61) afirmando que "ha de abonarse el precio de la venta, sea inferior o superior en la actualidad al precio de la cosa y con independencia de quien lo ejercite (persona que ha adquirido con derecho de retracto por un precio superior) o contra quien se ejercite (persona que ha adquirido la cosa por precio superior al de la primitiva venta); de la misma opinión son GARCIA GOYENA (62) y ALBALADEJO (63) que cita como fundamento de tal postura la sentencia de 29 de Mayo de 1.957. La sentencia de 12 de Marzo de 1.958 afirma en ese sentido: "... ha de retrotraerse a aquel entonces, y a dicha fecha ha de referirse la valoración de los bienes objeto del contrato, independientemente de aquel otro que tengan en la actualidad derivado de la depreciación que ha sufrido la moneda.

Existe además la posibilidad de, establecido un precio de una compraventa y por tanto una cantidad determinada para el ejercicio del retracto convencional, esta cantidad sea aumentada posteriormente por nuevo contrato complementario suscrito entre las partes, supuesto éste que aparece reflejado en las sentencias de 30 de Enero de 1.890 y 25 de Febrero de 1.960. Para GARCIA CANTERO (64) ello implicaría que el dies a quo para el plazo de ejercicio se contaría a partir de dicho convenio y no del contrato primitivo. Sin embargo, cabe la posibilidad de que las partes en ese documento complementario modificador del precio de la venta, o simplemente de la cantidad a abonar en caso de ejercicio del retracto convencional, dejen vigente todas las demás cláusulas, incluida la del plazo, del documento primitivo.

Sería necesario además, vigilar que a través de progresivos y pequeños aumentos del precio no se burlara el plazo máximo de diez años establecidos por el Código Civil.

El precio, dice la resolución de 29 de Julio de 1.931 ha de ser cierto, entendiéndose insuficiente el establecimiento de un precio alzado para varias fincas vendidas en dos contratos distintos, por cuanto no es posible para el retraído fijar la parte del precio total que corresponde a cada una.

b) Fijado que la cantidad a reembolsar por el retrayente es el precio de la cosa y no su valor en el momento de ejercicio del retracto convencional, se plantea el problema de determinar qué precio es el que debe ser abonado: el realmente pagado o el

que aparece en la escritura pública de compraventa.

ALBALADEJO entiende que el precio a pagar es el realmente abonado aunque se haya hecho constar otro; consecuentemente -continúa este autor- el retracto convencional habrá de ser desestimado cuando quien lo ejercite lo haga con un precio que aunque conste en la escritura pública no sea real, asignando a los tribunales la función de apreciar en cada caso, y aunque sólo sea en virtud de presunciones, si el precio entregado es o no el verdadero (65).

c) Una tercera cuestión planteada por el artículo 1.518 del Código Civil al exigir el reembolso de precio es el momento y la forma de su pago.

Declarada por el retrayente su voluntad de retraer, ¿se puede entender ejercitado el retracto convencional, o es necesario el reembolso como establece el artículo 1.518?

La mayor parte de los autores, a tenor de lo establecido en el artículo 1.618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la jurisprudencia, coinciden en entender que el precio de la compraventa ha de ser reembolsado en el momento de la declaración del ejercicio del retracto convencional o consignado en el momento de la presentación de la demanda. GARCIA CANTERO (66) afirma que debe ser consignado al tiempo de presentarse la demanda o cuando, ejercitado extrajudicialmente, fue rechazado por el retraído, o cuando el retracto convencional se ejercite en



acto de conciliación (sentencia de 17 de Noviembre de 1.967).

CASALS COLLDECARRERA (67) tras estudiar la regulación que de esta situación da el derecho francés (basta la mera declaración de voluntad) y la opinión de sus tratadistas, se planteó un supuesto imposible en el marco del Código Civil cual es la situación del comprador una vez que el vendedor ha declarado su voluntad de retraer de forma fehaciente y no ha pagado todavía, atribuyéndole un derecho de retención hasta el momento de devolución del precio.

La jurisprudencia comparte la necesidad de reembolso o de consignación si al ofrecimiento de pago siguió la negativa del obligado. Así las sentencias de 16 de Octubre de 1.906, 2 de Diciembre de 1.915 (a pesar de la inexistencia de negativa a recibir el precio por parte del comprador, ni siquiera se intentó hacer la consignación de su importe), 30 de Octubre de 1.946, 20 de Junio de 1.949 ("es jurisprudencia de este Tribunal Supremo que no puede intentarse el retracto convencional más que reembolsando el precio antes del vencimiento o consignándolo...") 8 de Marzo de 1.951, 17 de Mayo de 1.955, 16 de Abril de 1.966; todas ellas señalan de una u otra forma que no basta el ofrecimiento del dinero ni tampoco el pago con un cheque o con una letra de cambio, que a tenor del artículo 1.170 es considerado únicamente como promesa de pago (sentencias de 5 de Julio de 1.944, 24 de Mayo de 1.966 y 24 de Febrero de 1.973). También en este sentido la sentencia de 10 de Julio de 1.987 -Actualidad 893/87- afirma que "no puede intentarse el retracto

convencional más que reembolsando el precio antes del vencimiento del plazo estipulado, o consignándolo...".

La persona que quiera ejercitar el retracto convencional, en el momento de ejercicio del mismo deberá reembolsar el precio pagado por la cosa en su día, por cuanto que es conocido, o cualquier otra cantidad determinada como tal precio en el momento de creación del retracto (artículo 1.518). En el supuesto de que el retraído se negara a admitirlo el retrayente deberá consignar las cantidades que correspondan conforme a lo establecido en los artículos 1.176 a 1.181 del Código Civil.

d) Una cuarta cuestión que se plantea en la devolución del precio es la de los intereses.

La concepción tradicional del retracto convencional como una condición resolutoria ha hecho plantearse a la doctrina la posible necesidad de, junto al precio, tener que devolver los intereses producidos por ese dinero por el tiempo durante el cual el primitivo vendedor ha disfrutado del mismo.

Si bien entendiendo el retracto convencional como un derecho real de adquisición preferente cuyo ejercicio da lugar no a la resolución de un contrato de compraventa, sino a una nueva adquisición, no cabe plantearse tal problema, hay al menos que referirse a la solución dada hasta ahora por la doctrina.

SCAEVOLA (68) señala que el precio de la venta ha de ser entregado sin intereses por cuanto que estos son compensados con

los frutos generados a lo largo de ese mismo periodo de tiempo y que han sido disfrutados por el comprador. Esta misma opinión es compartida por CASTAN (69) BONET (70) y GARCIA CANTERO (71).

C) Gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta

Con el objetivo señalado de que ejercitado el retracto convencional no quede lesionado el patrimonio del comprador, el Código Civil incluye en el mínimo de prestaciones a realizar por el retrayente, la devolución de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

GARCIA GOYENA advierte que "el pago, para que sea abonado al comprador, debe ser legítimo, es decir conforme a la ley, al contrato o a la costumbre y no puramente voluntario" (72). En el mismo sentido se expresa BORRELL Y SOLER ("los sufragados por convenio de disposición legal por el comprador") (73) y LINARES NOC (74).

El Código Civil establece una serie de reglas para el pago de los gastos derivados del contrato de compraventa en los artículos 1.455 y 1.465; ninguna de ellas tiene carácter imperativo al admitir en ambos casos la estipulación en contrario de las partes.

De regirse por lo establecido en estos dos artículos, corresponden:

- Al comprador: los gastos de primera copia, los demás posteriores a la venta, los de transportes o traslación (artículo 1.465), en ambos casos salvo pacto en contrario (1.455 del Código Civil).

- Al vendedor: los gastos de otorgamiento de escritura y los necesarios para la entrega de la cosa vendida.

Consecuentemente y salvo que en el contrato hayan convenido otra cosa, el retrayente, junto al importe del precio, deberá abonar al retraído, si realmente lo ha efectuado, los gastos de primera copia y los demás posteriores a la venta, y los de transporte en su caso.

A juicio de MANRESA-BLOCH (75) es lógico que el comprador abone los gastos de primera copia porque es a quien más interesa acreditar la existencia del contrato.

En cuanto a los demás posteriores a la venta, señala GARCIA CANTERO (76) que no pueden separarse de la perfección u otorgamiento del contrato, teniendo cabida los gastos de inscripción en el registro (no porque lo digan los artículos 614 y 615 del Reglamento Hipotecario como afirman SACEVOLA-BONET sino porque son posteriores al otorgamiento), el impuesto (sentencias del 22 de Mayo de 1.953 y 9 de Junio de 1.959) (77).

Por último y en relación con los gastos para el transporte de

la cosa, es necesario distinguir entre aquellos necesarios para recibir la cosa en el lugar de entrega que son de cuenta del vendedor (la obligación de entrega de éste no puede entenderse cumplida si la cosa no se traslada antes al lugar convenido); y aquellos ocasionados por pura conveniencia del comprador, al margen del contrato, que son a su cargo.

SACEVOLA- BONET (78) enumeran entre los gastos a reembolsar por el vendedor retrayente los siguientes:

- Gastos de certificación registral para acreditar la inexistencia de cargas.
- Impuestos sobre transmisiones.
- Traslación o transporte.
- Inscripción en el registro.

Del análisis de los gastos abonados por el comprador y, en consecuencia, a devolver por el retrayente en el ejercicio del retracto, cabe observar la existencia de otros gastos realizados por el vendedor al celebrar el contrato de compraventa, sin que a ello se haga referencia en el articulado del Código Civil al regular el retracto convencional.

Cierto es que entendiendo el retracto convencional como un derecho creado por un precontrato celebrado por las partes que

simultáneamente se celebra en una compraventa, no existe ningún problema para que en el citado precontrato, se establezca el pago en favor del retraído que "compense de las cantidades a abonar obligatoriamente al retraído". No se trataría, es necesario insistir en ello, de buscar una retroactividad en la situación de las partes intervinientes en la compraventa con pacto de retro, por no ser esa la filosofía del retracto convencional, sino en compensar las disposiciones establecidas imperativamente por el Código Civil en favor del comprador.

De esa forma, las partes en el precontrato podrían establecer el abono al comprador retraído de las cantidades gastadas por éste por los conceptos recogidos en el artículo 1.518 del Código Civil y, además el abono al vendedor-retrayente de los gastos que, como consecuencia de los artículos 1.445 y 1.465 del Código Civil (si se pagaron según ley), o de lo acordado en el contrato de compraventa, hubo de realizar el vendedor; así los gastos de otorgamiento de escritura pública o de contrato privado, con la posible existencia de gastos especiales (intérprete, peritos, dietas de testigos...); los gastos de entrega ocasionados por la determinación de los elementos constitutivos del contrato no determinados inicialmente, la concreción de las cosas genéricas, pesado o medición de cosas fungibles; liberación de cargas y gravámenes, incluyendo los gastos de liberación de un derecho de hipoteca o de prenda, la rendición de un censo o servidumbre (79).

Para el Tribunal Supremo, no son gastos reembolsables lo

causados en un juicio de testamentaria interpuesto por el retraído, por no estar comprobada ni siquiera la conveniencia de su interposición (sentencia de 12 de Febrero de 1.904); tampoco los gastos ocasionados en un juicio incoado para obligar al vendedor al otorgamiento de la escritura pública (sentencia de 9 de Febrero de 1.916), ni la minuta de letrado ni los corretajes del corredor que intervino en la compraventa innecesariamente (sentencia de 1 de Marzo de 1.954).

Otra cuestión que se plantea en torno a estos gastos es la necesidad o no del reembolso/consignación de los mismos realizada de forma simultánea a la declaración de ejercicio del retracto convencional.

El artículo 1.518 del Código Civil establece la obligación de su reembolso del mismo modo que la del precio: "el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta".

Si embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que su reembolso no es indispensable en el momento de declarar el ejercicio del retracto convencional, y ello por dos motivos:

- porque lo habitual es que el retrayente no conozca el importe de dichos gastos,

- porque el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige junto a la consignación del precio, la de estos gastos.

Así lo entiende GARCIA CANTERO (80) y las sentencias de 7 de Noviembre de 1.925, 20 de Junio de 1.949 y 8 de Junio de 1.954 (los gastos pueden abonarse con posterioridad una vez son conocidos). Otras sentencias exigen el afianzamiento (21 de Junio de 1.956), o la consignación de una cantidad racionalmente suficiente para atenderles (3 de Diciembre de 1.946).

Su no exigibilidad por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es definitiva, y ello porque los artículos 1.618 y siguientes de la citada ley están dirigidos a regular los litigios que surgen como consecuencia de los retractos legales, de ahí el plazo de 9 días contados desde el otorgamiento de la Escritura de venta establecido en el número primero del artículo 1.618, que en el retracto convencional no es presupuesto de ejercicio, y lo mismo respecto a lo exigido en los números 4, 5 y 6 del citado artículo con referencia expresa al retracto gentilicio, al de comuneros, o al enfiteúutico; e incluso, la referencia a la posibilidad de que el precio de la compraventa no sea conocido.

Resulta lógico que el número 2 del artículo 1.618 se refiera exclusivamente a la consignación del precio, porque sólo ese importe ha de abonar por imperativo de la ley quien resulta ser retrayente legal.



Siendo el retracto convencional un derecho creado por un precontrato, el ejercicio judicial del mismo tal como se ha dicho, se habrá de regir por el proceso declarativo que en función del importe del precio de la cosa, corresponda.

El retrayente para ejecutar su derecho, debe, a tenor del artículo 1.518 del Código Civil reembolsar el precio y también los gastos del contrato, cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

En el momento de dirigirse al retraído y declarar su voluntad de ejercitar, deberá reembolsarle el precio de la compraventa por cuanto que éste le es conocido, así como todas aquellas cantidades que, pactadas en el precontrato estén determinadas y sean conocidas; de no aceptarlo, tendrá que consignarlo.

#### D. Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida

El retrayente que ejercite su derecho de retracto, además de abonar el precio de la compra y los gastos ocasionados por el contrato de compraventa ha de pagar por imperativo legal al retraído, también los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Con el fin de poder determinar que gastos son exigibles al retrayente es necesario una referencia al concepto y caracteres de este tipo de gastos.

Primero. Gastos necesarios de conservación (quae si facta non sint, res aut periterra aut deteriora futura sit)

Son aquellos referidos al mantenimiento de la función económica de la cosa, ponderados según las circunstancias concretas e incluyendo las que se refieren a su libertad o disponibilidad jurídica y exceden las atenciones normales de simple mantenimiento o aquellas que jurídicamente constituyen cargas que de modo normal y periódico recaen sobre la cosa (81) en parecidos términos se expresan las sentencias de 26 de Febrero y 4 de Marzo de 1.968).

No todos los autores caracterizan así los gastos necesarios. Para MANRESA estos gastos son aquellos que, de no hacerse, producirían un empeoramiento o pérdida de la cosa; conservación para él es subsistencia de la cosa en sí misma (82), excluyendo todo lo que no vaya encaminado al mantenimiento físico de la cosa; por ejemplo el pago de pensiones censales o el cumplimiento de decretos administrativos, urbanísticos (83).

De entre estos gastos necesarios, se distinguen los considerados ordinarios o de entretenimiento (84), que son aquellos realizados con el fin de obtener las reparaciones ordinarias que exigen los deterioros o desperfectos cuyo origen es el uso natural de las cosas (85). Estos gastos ordinarios son excluidos de la obligación de reembolso que pesa sobre los de conservación. GARCIA GOYENA los excluía aduciendo que son cargas

del goce de la misma, y por consiguiente de cuenta del comprador que lo ha tenido como verdadero propietario (86); en idénticos términos se pronuncian SCAEVOLA-BONET (87), BORRELL Y SOLER (88), BADENES GASSET (89), ALBALADEJO (90) para los que son cargas naturales de la cosa que son baja de los frutos.

Segundo. Gastos útiles (*quae meliorem rem faciant*)

Los define SCAEVOLA como aquellos que poniendo la cosa en condiciones de procurar más provecho, más comodidad, más frutos, más intereses, aumentan su valor (91). Para BADENES GASSET (92) son aquellos no precisos para la conservación de la cosa, pero han aumentado su valor.

La noción de gasto útil, sin embargo, no está exenta de problemas, así RICA BARBERIS afirma que lo útil es un concepto relativo por excelencia. Lo que ayuda a una persona perjudica a otra. Es raro que varias personas concuerden a valorar la utilidad de la cosa porque cada uno juzga la utilidad o inutilidad desde su punto de vista (93). Por ello, frente a la idea del resarcimiento en todo caso, contrapone tres limitaciones (94):

- si el propietario habría hecho igualmente tales gastos.
- si estuviere a punto de vender la cosa mejorada.
- si fuera lo bastante rico para hacer frente a las

costas.

Este planteamiento según MARTIN PEREZ (95) se ha modificado por dos razones, una de tipo objetivo al tratar de independizar la noción de gasto útil de la concreta persona del propietario y asimilarlo a un tipo abstracto del goce del fundo; otra de tipo subjetivo, al buscar sustituir la persona del propietario por la del poseedor, al ser las consecuencias de esta situación menos graves para éste que par aquel.

Tercero. Gastos de puro lujo (*quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent*).

Son gastos voluntarios o de puro placer que producen mejoras en la cosa, planteándose la dificultad de separar las mejoras producidas por gastos útiles y las producidas por gastos de puro lujo.

MANRESA (96) buscando un criterio diferenciador entre ellas, señala que cuando el provecho o beneficio signifique sólo comodidad para determinados poseedores, puro lujo o mero recreo, los gastos serán de lujo porque la utilidad debe ser para todos los que tengan la cosa.

Hecha esta somera referencia al concepto de gastos necesarios, útiles y de lujo, se plantea el problema de su reembolso.

En el supuesto concreto del retracto convencional, al ejercitar el retracto el vendedor ha de reembolsar los gastos necesarios y útiles hechos por el comprador-retraído, según establece el artículo 1.518.2, artículo "inútil" para SCAEVOLA-BONET porque "aunque nada dijera el artículo 1.518, le serían abonables (al comprador-retraído) por ser un poseedor de buena fe y con justo título (artículo 453 Código Civil) (97).

A pesar de la aparente claridad del número 2 de este artículo y lo "innecesario" de su existencia, se han planteado una serie de problemas.

- Del derecho de reembolso se excluyen unánimemente los gastos necesarios ordinarios considerados como cargas naturales de la cosa que son baja de los frutos.

El propio GARCIA GOYENA como se ha citado anteriormente los considera como carga del retraído, por cuanto que éste ha tenido la cosa en concepto de propietario, y como tal ha de abonar aquellos gastos que el goce de la misma produce (98).

- Segundo: En cuanto a los gastos útiles plantea GARCIA CANTERO (99) la posibilidad de que las impensas en mejorar la cosa resulten excesivas, o más aún realizadas con la intención de dificultar el ejercicio del retracto convencional (la sentencia de 3 de Julio de 1.912 declaró no reembolsables los gastos de construcción de una casa sobre un predio rústico destinado a cereales; tampoco siendo reembolsables para la de 5 de Diciembre

de 1.959 los gastos ocasionados en la construcción de un chalet edificado de mala fe.

SCAEVOLA-BONET (100) sugieren, para prevenir esos excesos, la posibilidad de fijar en la escritura el importe máximo al que podrían ascender esos gastos, o la de prohibir que se realicen sin consentimiento del primitivo propietario. Esta última solución no resulta del todo compatible con la naturaleza del derecho del comprador; éste aunque sometido a un derecho de retracto, es propietario de la cosa objeto del mismo, no resultando lógica la imposición de obtener el consentimiento de otra persona para realizar unas obras que mejoren su propiedad. Sin embargo, sí se podría en el precontrato creador del retracto convencional establecer una cantidad máxima, un límite al importe que, al ejercitar el retracto convencional se abonaría en concepto de gastos útiles y que necesariamente habría de ser respetado por aquellos que adquirieran, por cualquier título, el bien objeto de retracto.

Aduciendo que el artículo 1.518 del Código Civil es poco explícito, BORRELL Y SOLER sostiene la necesidad de "recurrir a lo que dispone el mismo Código Civil para otras instituciones en las que poseyendo o cuasiposeyendo una cosa, el que no era dueño de ella o no lo era con carácter definitivo gastó, no obstante, dinero propio en mejorarla". Sin embargo al recurrir a aquella institución con la que dice existe mayor semejanza, concluye afirmando la imposibilidad de su aplicación (101).

Comienza analizando la posición del propietario cuya titularidad se encuentra sometida a condición resolutoria (artículos 1.122 y 1.123), por la identidad tradicionalmente mantenida entre esta figura y el retracto convencional; la del usufructuario (artículos 487 y 488); y la del arrendatario (artículo 1.573) situaciones todas ellas en las que quien ha realizado el gasto no tiene derecho a que le reembolsen lo gastado (102).

Dada la contraposición entre esta solución y la mantenida por el artículo 1.518, BORRELL Y SOLER se inclina hacia la regulación del poseedor de buena fe, solución que como ya se ha apuntado, no ofrece duda para MANRESA por ser el retraído poseedor de buena fe (103); el artículo 453 del Código Civil siguiendo, a su juicio idéntico criterio que el Derecho Romano -evitar que las mejoras perjudicaran tanto al que las había hecho como al que adquiriría la cosa mejorada- permite elegir entre satisfacer el importe de los gastos, o abonar el aumento del valor que por ellos haya adquirido la cosa.

MANRESA (104) y SCAEVOLA (105) sin embargo, ven en esa opción una situación ventajosa para el propietario porque hay mejoras que exigen poco gasto y benefician mucho, y otras muy costosas que dan poco resultado, pudiendo elegir el propietario el pago de la cantidad más barata.

Tal opción ofrecida por el Código Civil es para MARTIN PEREZ (106) una cautela originada en la preocupación de que el

propietario, frente a unos gastos excesivos, se empobreciera para poder sufragarlos.

No obstante todo ello, y a pesar de que esa opción supondría una solución para el problema de los excesos, BORRELL Y SOLER termina concluyendo que la aplicación al retracto convencional de estos artículos, choca con la dificultad de la interpretación literal del artículo 1.518 que, en ningún momento, plantea la posibilidad de optar.

GARCIA CANTERO busca soluciones en la Ley Hipotecaria, aduciendo acertadamente la falta de identidad entre el poseedor de buena fe vencido en su posesión del artículo 453 del Código Civil y el propietario retraído del 1.518. Asimila este autor la situación del retraído a la del tercer poseedor de un bien hipotecado regulado por los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, en virtud de los cuales quien tendría la opción no sería, como si aplicáramos el artículo 453, el que retrae, sino el retraído, consintiendo en todo caso en exigir su importe o en retener los objetos en que consista, si ello puede hacerse sin menoscabo (107).

La letra del artículo 1.518 es, sin embargo muy clara, el que ejercita un derecho de retracto debe reembolsar al retraído los gastos que éste haya tenido en mejorar la cosa durante el tiempo que ha sido propietario, y, por tanto, ha tenido el derecho de hacerlo; hay que entender sin embargo, dados los principios generales en la materia, que ello será exigible siempre y cuando



no haya estado guiado por la mala fe o el ánimo de impedir el ejercicio del retracto convencional.

- En cuanto los gastos de puro lujo, nada menciona el artículo 1.518.

Para BONET (108) y BADENES GASSET (109) por aplicación de lo establecido en el artículo 454 del Código Civil no habrá de reembolsarse al retraído los gastos de puro lujo hechos en la cosa, si bien gozará del "ius tollendi" cuando ello sea posible sin daño para aquella. Olvidan sin embargo estos autores que el artículo 454 a cuya aplicación analógica se refieren, sólo concede el "ius tollendi" si, además de que la cosa no sufre menoscabo, el que sustituye en la posesión (en caso del retracto convencional, el retrayente) no prefiere abonar el importe de lo gastado.

Para GARCIA CANTERO la solución es la misma, si bien no hace referencia a la aplicación del artículo 454 (110).

Teniendo en cuenta que la persona del retraído, mientras ha realizado los gastos de puro lujo, ha sido propietario y no un simple poseedor no cabe que le sea aplicado el artículo 454.

El retraído cuando efectúa los gastos es propietario, y por tanto con más derecho que un mero poseedor, pero conoce el derecho real de adquisición que grava su propiedad; si se

ejercita el retracto convencional tendrá derecho a retirar aquello en lo que haya realizado los gastos de puro lujo, siempre y cuando no perjudique la cosa objeto de retracto convencional.

Determinado qué gastos deben ser objeto de reembolso, se plantea el problema de si tales reembolsos pueden ser considerados como una deuda de dinero o una deuda de valor, es decir como una deuda en la que la cuantía nominal del dinero es la decisiva, o como deuda en la que el dinero "no opera como un bien que resulta buscado por sí mismo, sino que opera como una medida de valor de otras cosas o servicios, respecto de los cuales el dinero funciona como sustitutivo" (111).

BONET comentando la sentencia de 5 de Abril de 1.977 (112) censura en ésta la afirmación de que "no hay disposición legal alguna que obligue al pago compensando el valor de la moneda depreciada". Afirma este autor que los gastos del poseedor cuando nacen no tienen por objeto la entrega de una cantidad de dinero, sino que ingrese en el patrimonio un valor concreto. En el mismo sentido se expresa la sentencia de 21 de Enero de 1.978 para la que la indemnización de daños y perjuicios es una deuda de valor y no pecuniaria, por lo que se ha de estar en la fijación de su cuantía al momento en el que recaiga la condena.

Cabe concluir que los gastos que se han de reembolsar en base al artículo 1.518 pueden ser considerados como una deuda de valor, y por tanto su importe será no el que efectivamente se

gastó, sino el adecuado al momento de reembolso.

\*

\*

\*

En cuanto al momento y forma de devolución es de aplicación la postura mantenida en relación a los gastos del contrato y los hechos para la compraventa.

En relación con estos gastos SCAEVOLA-BONET se plantean un posible derecho de retención en favor del retraído, en tanto en cuanto no se efectúe su abono (113).

Tal derecho de retención es innecesario por el propio tenor literal del artículo 1.518 que establece que el no reembolso de los mismos implica que el retracto convencional no se ha ejercitado válidamente.

E) Lo demás que se hubiere pactado (artículo 1.507)

Como ya se ha afirmado en repetidas ocasiones, el artículo 1.518 sólo establece unas obligaciones mínimas a cumplir por el retrayente; obligaciones que a la luz de lo establecido en el artículo 1.507 "... lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiere pactado", y de la concepción del retracto convencional mantenida, pueden ser ampliadas por las partes

intervinientes en el contrato de compraventa y en el precontrato celebrado de forma simultánea.

Em esa línea GARCIA CANTERO (114) señala que cabe que las partes acuerden la obligación de pagar intereses del precio (supuestos recogidos en las sentencias de 13 de Diciembre de 1.906 y 18 de Marzo de 1.911); el pago de un sobreprecio con prima; o una cláusula de estabilización para el abono del precio, y en general de los reembolsos a cargo del vendedor, con el fin de obviar la depreciación de la moneda, y siempre y cuando la cantidad resultante no fuera inferior al precio de venta mínimo establecido en el artículo 1.518.

En cuanto al momento de efectuar el abono de las cantidades derivadas de las obligaciones acordadas por las partes en base a la libertad establecida por el artículo 1.507, dependerá lógicamente de lo acordado por ellas, sin que le pueda ser aplicable la exigencia de reembolso para considerar válido el ejercicio del retracto convencional. Si en el precontrato se adoptó el acuerdo de que el retrayente hubiera de abonar además de lo establecido en el 1.518 un sobreprecio para entender ejercitado el retracto, el pago del mismo o la entrega de una determinada cantidad en concepto de fianza en caso de no ser conocido, será presupuesto básico para entenderlo válidamente ejercitado.

#### F) Otros abonos

Se plantea finalmente GARCIA CANTERO (115) como consecuencia una vez más de la arraigada concepción en torno al carácter resolutorio del retracto convencional, la posibilidad de otros abonos a cargo del retrayente, producto de la extinción de las complejas relaciones existentes entre los contratantes; así por ejemplo las rentas devengadas y no satisfechas si el vendedor se quedó con la finca como arrendatario, o la cantidad abonada por el retraído para ejercitar un retracto de colindantes.

En el primer caso se trataría de una deuda entre las partes consecuencia de una relación distinta a la del retracto como es el arrendamiento y cuya exigibilidad seguiría consecuentemente un camino diferente.

En cuanto al segundo supuesto, si el vendedor se queda con la finca retraída puede considerarse como una mejora a reembolsar por la vía del artículo 1.518.3.

#### V.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL RETRAIDO

##### 1 EN GENERAL

El retracto convencional es el derecho que permite a su

titular con preferencia a cualquier otro, la adquisición de una cosa que, previamente salido de su patrimonio, cuando el retrayente declara su voluntad de ejercitar el retracto convencional y cumple con el mínimo de obligaciones recogido en el artículo 1.518, así como con aquellas en su día pactadas; el primitivo comprador ahora retraído, queda obligado a entregar la cosa objeto del retracto. Nada regula el Código Civil sobre estas obligaciones, concluyendo algunos autores que, a falta de tal regulación, habrá que aplicar las del vendedor hacia el comprador (116).

## 2.- OBJETO DE LA ENTREGA

La primera cuestión que se plantea es si la cosa a entregar ha de ser exclusivamente la cosa vendida, o si por el contrario ha de ser entregada con todas las accesiones. En este punto es necesario distinguir entre las accesiones de la cosa existentes en el momento de la compraventa, en cuyo caso, y a tenor del artículo 1.097 del Código Civil no hay duda sobre la obligación de su entrega; y aquellas accesiones o mejoras producidas en el tiempo durante el cual la cosa ha sido propiedad del retraído.

Como ya se analizó en el Capítulo Sexto (117), hay que distinguir entre las accesiones naturales y las industriales. Aquellos, como su propio nombre indica son accesorios que provoca la Naturaleza, sin que intervenga el propietario de la finca; estas accesiones deberán ser entregadas al retrayente junto con

la cosa. De esta opinión es GARCIA GOYENA (118) para el que si el deterioro causal de la cosa será a daño del vendedor, en caso de retracto ¿por qué no ha de aprovecharle el aumento igualmente causal?.

En cuanto a las accesiones industriales, las realizadas por la mano del hombre, que, para GARCIA GOYENA deben quedar en manos del comprador, se argumentaba en el citado Capítulo Sexto (119), que al retrayente que ejercitaba su derecho habría que entregarle también estas accesiones, previa indemnización de su valor, al objeto de evitar enriquecimientos injustos.

No comparte esta opinión, como asimismo se citaba en dicho Capítulo Sexto, GARCIA CANTERO para el que quien es propietario de la cosa desde que se celebra la compraventa y se establece el retracto convencional, hasta que se ejercita éste, es propietario con plenas facultades y responsabilidades y al que por exigirle la entrega de la cosa libre de toda carga o hipoteca, no podrá serle exigido que la entregue con las accesiones producidas (120).

Sin embargo, es necesario insistir en que no se debe olvidar que esas accesiones se produjeron en tanto en cuanto era propietario de la cosa objeto de retracto convencional; que además se le reembolsan los posibles gastos que hubiera tenido como consecuencia de las accesiones; que el hecho de que se permitiera su retención podría incluso serle perjudicial por radicar el valor de lo accedido en su relación con el objeto de

retracto convencional; y por último que el entregar la cosa libre de cargas e hipotecas no le supone un perjuicio distinto al del propio ejercicio del retracto convencional.

### 3.- PERDIDA O DETERIORO DEL OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL

En esta misma línea de cuestionar el objeto a entregar por el retraído, se plantea la posibilidad de su pérdida o deterioro.

Algunos autores (121) asemejando la situación del retraído durante el tiempo que ha sido propietario de la cosa a la del poseedor, entienden que no deberá responder del deterioro o pérdida de la cosa, fuera de los casos en que se justificare haber procedido con dolo (artículo 457 del Código Civil).

Otros como PEREZ GONZALEZ y ALGUER (122) entienden aplicables a este supuesto los artículos 1.122 y 1.123 referentes a la situación del deudor que, pendiente la condición que tiene por objeto resolver la obligación de dar, pierde la cosa. La solución es idéntica a la del poseedor de buena fe: el deudor no responde si la cosa se pierde o se deteriora sin culpa.

GARCIA CANTERO (123) considera asimismo aplicable la regla tercera del artículo 1.122 afirmando que en caso de deterioro o pérdida parcial de la cosa por causas fortuitas, no responde el retraído, como tampoco lo hará si la cosa se destruye por causa fortuita, por cuanto que el vendedor, si ejercita el retracto



convencional, seguirá sujeto a la obligación de devolver el precio, si bien lo normal será que no lo ejercite, y sea el comprador quien finalmente asuma íntegramente el riesgo de la pérdida total de la cosa.

En cuanto al deterioro normal de la cosa debido al uso de la misma -continúa GARCIA CANTERO- aunque pueda calificarse como voluntario no podrá serle de aplicación el artículo 1.122.4 por cuanto que al no ser el comprador un mero deudor de la cosa sino propietario verdadero, la "culpa del deudor" habrá de ser considerada como intención de perjudicar al vendedor.

Una vez más en el estudio del ejercicio del retracto convencional se encuentra latente la concepción de este derecho como condición resolutoria, y sin embargo no se puede olvidar que el retraído hasta el momento de ejercicio del retracto convencional no es simple poseedor de la cosa, sino un propietario con plenas facultades y cuya titularidad no está sujeta al cumplimiento de ninguna condición, sino simplemente gravada con un derecho real de adquisición preferente que permitirá a quien ostente este derecho, obligarle a vender en unas determinadas condiciones ya pactadas.

Tampoco le pueden ser de aplicación los artículos 1.452, 1.096 y 1.182 del Código Civil por referirse éstos al supuesto de pérdida o extinción de la cosa que se encuentra en manos de su propietario, pero cuando ya ha nacido la obligación de entrega, obligación inexistente antes de que se produzca el ejercicio del

retracto convencional.

La persona que compra un bien gravado con un retracto convencional se convierte en propietario del mismo con todos los derechos y obligaciones que de esa propiedad se derivan; quien lo ha vendido ha de saber que aunque se reserve el derecho de volver a adquirirlo cabe el riesgo de que no llegue a hacerlo, entre otras razones porque durante un periodo de tiempo determinado va a perder todo contacto sobre lo que ahora vende, tiempo durante el cual la cosa puede deteriorarse e incluso perderse.

Cuando por caso fortuito o sin culpa del comprador, la cosa se pierde, el retrayente no podrá ejercitar el retracto convencional porque se habrá extinguido el objeto del mismo, siendo el propietario quien habrá de soportar definitivamente los daños producidos (la sentencia de 24 de Octubre de 1.881 en la destrucción por el fuego de una fábrica vendida a retro asignaba los daños al comprador); si la cosa se deteriora y el retrayente ejercita su derecho y deviene propietario, será él quien habrá de soportar esos deterioros. Posibilidad ésta ya señalada por GARCIA GOYENA (124) al apuntar que "si el daño ha sobrevenido a la cosa sin culpa del comprador, será de cuenta del vendedor, quien no podrá quejarse, estando en su mano el usar o no del derecho de retracto".

Tal solución será aplicable no sólo a los daños producidos por causas fortuitas, sino también, como señala GARCIA CANTERO (125) y en contra de GARCIA GÓYENA (126), a los daños producidos

por el propietario como consecuencia del ejercicio de sus facultades dominicales, aunque sea voluntariamente.

Sólo soportará el riesgo en aquellos casos en que los daños o deterioros hayan sobrevenido por haber actuado con la intención de perjudicar al vendedor.

#### 4.- LIBRE DE CARGAS E HIPOTECAS (ARTICULO 1.520)

El artículo 1.520 es para muchos autores "el natural corolario del principio básico del retracto" (127), opinión que posteriormente recoge BADENES GASSET (128) afirmando que es corolario del principio "resoluto jure dantis resolvitur jus concessum" en cuya virtud todos los actos que realiza el comprador mientras esté pendiente la condición resolutoria están subordinadas a ésta, y por consiguiente la extinción o resolución de las relaciones con posterioridad a su establecimiento.

Tratándose el retracto convencional de un derecho nacido de un pacto con efectos de condición resolutoria, su ejercicio necesariamente ha de suponer la vuelta al estado al que se encontraban las cosas en el momento de celebrarse la compraventa (129), como si el vendedor no hubiere dejado de ser dueño de la cosa (130).

Para ALBALADEJO (131) la explicación de este artículo es otra: "tratándose de un derecho real y, prevaleciendo como más

antiguo sobre otros derechos posteriores hace que el comprador recobre la cosa, libre de los gravámenes a que el comprador pudiera haberle sometido"

Establece este artículo 1.520: "el vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique".

- La primera cuestión que se plantea es la aplicación subjetiva de este artículo 1.520, dado que al referirse a las personas intervinientes en el ejercicio del retracto convencional, se refiere a las personas de vendedor y comprador, en lugar de a los titulares respectivamente, del derecho de retracto convencional y de propiedad sobre la cosa; debido seguramente a que el supuesto habitual de ejercicio de retracto, se produce con la intervención de las mismas personas que celebraron el precontrato creador del retracto. El hecho de que sea el supuesto más habitual no implica que se produzca de forma necesaria, tal y como se analizó en el Capítulo referente a los sujetos del retracto; tales referencias no obstan, sin embargo, la aplicación de este artículo a aquellos casos en los que por sucesión intervivos o mortis causa, quienes "ocupan" los lugares del retrayente y retraído no son los primitivos vendedor y comprador (132).

- Una segunda cuestión planteada por este artículo, es la

necesidad o no de actuación por parte del comprador para liberar la cosa de las cargas que la gravan. PEREZ GONZALEZ y ALGUER (133) entienden que el comprador está obligado a realizar cuanto sea necesario para liberar la cosa de cargas; intervención que no resulta necesaria para MANRESA-BLOCH (134) quienes, concibiendo el retracto como condición resolutoria, aplican los artículos 82 de las Ley Hipotecaria y 175.6 de su Reglamento, al supuesto de ejercicio del retracto, evitando así el concurso de terceros interesados. También para GARCIA CANTERO (135) la liberación se procede de forma automática, derivada ex lege.

El intento de prescindir de la intervención de los terceros en la liberación de las cargas es en principio, lógica, con el fin de evitar que su negativa llevara al comprador, como responsable de entregar la cosa libre de cargas a tenor de lo dispuesto en este artículo 1.520, a tener que exigirlo en un juicio ordinario (artículo 83 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento) con el consiguiente retraso que ello supondría. Sin embargo tal intento no puede basarse en caracterizar al retracto convencional como algo que no es, como una condición resolutoria que permite la cancelación de la inscripción de las cargas que existen sobre la cosa en base a lo dispuesto en el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario (si sobre los bienes sujetos a condición resolutoria se hubieran constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, el que acredita que se ha resuelto la venta, siempre que se acredite la referida consignación, el valor de los bienes

o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan haya de ser devuelto).

La cancelación por extinción automática del derecho registrado sólo procede para ROCA SASTRE (136) cuando se trate de inscripciones efectuadas en virtud de escritura pública (a tenor de lo establecido en los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento), y la extinción del derecho tenga lugar de un modo manifiesto; la cancelación por extinción automática comprende "no sólo el supuesto de extinción automática de un derecho real limitado que al desvanecerse deje liberado el dominio o derecho real, de la carga que sobre él mismo pesaba, sino también aquellos otros supuestos de cambio automático de titularidad por subsistir el dominio o derecho real limitado inscritos, pero haciendo tránsito a otras personas".

Una vía, por tanto, de evitar la intervención de terceros es el artículo 174 del Reglamento Hipotecario cuyo número 1 dice: "la misma escritura pública en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o extinguido".

El hecho de que además en cada una de la Escrituras Públicas de constitución o transmisión de las cargas sobre la cosa objeto de retracto convencional se recogiera una estipulación en la que ambas partes aceptaran la extinción de los gravámenes en caso de ejercicio del retracto convencional favorecería la cancelación de

las inscripciones por cuanto que las personas a cuyo favor se hicieran las inscripciones prestarían su consentimiento para que en caso de ejercicio del retracto, se cancelaran.

De no poderse obtener por esta vía la cancelación de las cargas, como dado que el vendedor-retrayente ha de recibir la cosa libre de todo gravamen, el comprador-retraído se vería en la necesidad de realizar cuanto fuere preciso para cumplir con la obligación que le impone el artículo 1.520 del Código Civil.

- En cuanto a de qué gravámenes ha de ser liberado el objeto del retracto convencional, SCAEVOLA-BONET (137) distinguen entre las cargas y la hipoteca, incluyendo entre las primeras los derechos reales de usufructo, uso, habitación, servidumbre, arrendamiento inscrito, censo reservativo, superficie y enfiteusis; y entre la hipoteca, además de este derecho, el censo consignativo y anticresis. GARCIA CANTERO entiende que no pueden subsistir ni los iura in re aliena ni tampoco, y con mayor razón, los derechos de naturaleza meramente personal, como el de poder administrar la cosa, el uso gratuito por un contrato de comodato (138).

De la necesidad de entregar la cosa libre de cargas, se excluye el arrendamiento hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique; buena fe y costumbre cuya existencia habrá de ser determinada por los tribunales en cada caso concreto, si es contradicha.

La razón apuntada para justificar tal excepción ha sido principalmente una: proteger la agricultura. Concebido el retracto convencional como un derecho a recaer principalmente sobre fincas, autores como GARCIA GOYENA (139), MANRESA-BLOCH (140) o CASTAN (141) señalaron que dado que hay acuerdos que según costumbre de la tierra no se hacen sino por periodos largos, sería difícil para el comprador hallar arrendatario si no existe la seguridad para éstos de que su derecho no se extinguirá en caso de ejercitarse el retracto convencional.

Para SCAEVOLA (142) las razones son tres:

- que es un derecho personal
- que en casos similares (artículos 480 y 452.3) se sigue esa tendencia.
- por razones de equidad.

Coincide BONET con la primera de las razones de SCAEVOLA, fundamentando la excepción en el carácter personal del arrendamiento (143). Esta razón es claramente contraria a la postura mantenida por GARCIA CANTERO de que la cosa ha de entregarse libre de todo tipo de carga, incluso de las de carácter personal. Postura ésta última que resulta lógica en base a que el artículo 1.520 exige que la cosa se entregue libre de cargas, sin especificar que éstas sean de una u otra naturaleza.



Sin embargo esta excepción ha supuesto una serie de problemas. Así MANRESA-BLOCH (144) se plantea si los arrendamientos inscritos en el Registro y por tanto cargas con eficacia erga omnes, se incluyen en la excepción contenida en el artículo 1.520. Esta cuestión sólo tiene sentido entendiendo que cuando el artículo 1.520 exige la libertad de cargas e hipotecas se refiere sólo a los de carácter real y por tanto no incluye el arrendamiento que es de naturaleza personal; siguiendo este razonamiento, si el arrendamiento pasa a gozar de naturaleza real ya no formaría parte de la excepción.

Sin embargo no debe olvidarse:

- que el arrendamiento no se excluye por tener carácter personal por cuanto los derechos de esta naturaleza también se incluyen en la regla establecida por la primera parte del 1.520.

- que el arrendamiento se excluye cualquiera sea su naturaleza.

Otros autores también se plantean el ámbito de esta excepción: ¿incluye cualquier tipo de arrendamiento, así los arrendamientos rústicos o urbanos?. En este punto no hay que olvidar que unos y otros se rigen por su propia ley especial (Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de Diciembre de 1.980 y Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de Diciembre de 1.964 respectivamente), y que, en consecuencia habrá que estar a lo dispuesto por la ley especial por cuanto prevalece sobre la

regulación del Código Civil.

En el caso de los arrendamientos rústicos y de aparcería (por remisión del artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que "los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho de arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola.

Tampoco el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos incluye como causa de extinción del arrendamiento la extinción del derecho del arrendador, sin que quepa aplicar por analogía la causa número 12 (en los casos de extinción de usufructo cuando el titular dominical prueba que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad), por cuanto que el arrendamiento se extingue no por extinción del derecho del arrendador sino con ocasión de éste, si las condiciones del arrendamiento fueron notoriamente gravosas para la propiedad.

\*

\*

\*

Si la carga existente sobre la cosa objeto del retracto convencional, y específicamente sobre una vivienda, supusiera la

ocupación de ésta, no bastaría el acuerdo de las partes sobre el ejercicio del retracto para obligar al ocupante al desalojo de la casa, sino en virtud del principio constitucional de protección de la vivienda recogido en el artículo 47 de la Constitución española, será necesario si es negado o discutido tal derecho que recurran a un procedimiento declarativo en cuya sentencia el Juez obligue a desocuparla.

#### 5. ENTREGA DE LA COSA

El comprador está obligado a entregar al vendedor-retrayente la cosa objeto del retracto convencional cuando aquel ejercite su derecho.

Como ocurre con las obligaciones del vendedor, con los frutos y en general con todos los aspectos que tienen lugar en torno al ejercicio del retracto convencional, existen unas normas imperativas en el Código Civil que exigen unos mínimos a cumplir, pero que no impiden la posibilidad de que las partes voluntariamente acuerden el establecimiento de otras.

El comprador, deberá entregar la cosa libre de cargas e hipotecas, ese es el mínimo establecido por el Código Civil; nada se dice en cuanto al lugar o al modo de realizar la entrega, siendo las partes las que en el precontrato creador del retracto convencional habrán podido estipular estas condiciones, o remitirse en lo posible a lo establecido por el Código Civil en

los artículos 1.462 y siguientes referentes a la entrega en la compraventa, que aunque de forma subsidiaria, son de aplicación.

En concreto, y con relación al modo de entrega de la cosa cabría entender que, cumplidas las obligaciones de los artículos 1.507 y 1.518, el vendedor readquiriría la propiedad automáticamente, sin embargo la sentencia de 30 de Octubre de 1.946 afirma que ni el artículo 1.507 ni el 1.518 del Código Civil establecen modos distintos de transmisión de la propiedad, que los consagrados en el artículo 609, ni el tercero de la Ley Hipotecaria hace otra cosa que determinar, en general, los medios en que deben constar los títulos inscribibles en el Registro para poder ser inscritos, pero sin distinguir cuáles sean aquéllos en que deben constar cada uno de esos títulos, para determinar lo cual es preciso acudir a disposiciones legales que señalan los medios precisos para exteriorizar auténticamente cada uno de esos títulos, según su distinta naturaleza.

En este sentido autores como GARCIA CANTERO (145), O'CALLAGHAN (146), y BADENES GASSET (147), entienden aconsejable el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad. No hay que olvidar que la presentación-inscripción de esta escritura pública es de gran trascendencia; gracias a ella:

- la titularidad registral la recobra el retrayente,
- se cancelan las cargas y gravámenes existentes sobre la

cosa objeto del retracto convencional, tal como se ha explicado anteriormente.

## VI.- FRUTOS

Establece el Código Civil en el artículo 1.519:

"Cuando al celebrarse la venta hubiera en la finca frutos manifiestos o nacidos, no se hará abono ni prorratio de los que hubiere al tiempo del retracto.

Si no los hubo al tiempo de la venta, y los hay al del retracto, se prorratiarán entre el retrayente y el comprador, dando a éste la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año a contar desde la venta".

En ese marco de preocupación por los efectos que en la agricultura pudiera tener el establecimiento de un retracto convencional, el Código Civil regula específicamente el reparto de los frutos que, hubiera podido producirse en su caso, en las fincas objeto de venta con retracto convencional.

Sin embargo y a pesar de que el pensamiento del legislador está en los bienes inmuebles como lo muestra el hecho de que al referirse al objeto del retracto convencional, hable exclusivamente de fincas, nada obsta para que la regla

establecida en el artículo 1.519 se aplique a todo bien fructífero objeto de retracto, ya sea mueble (acciones), semoviente (ganado), o inmueble.

El primer problema que plantea este artículo es si se aplica a las tres clases de frutos recogidos en el Código Civil, o por el contrario sólo a alguna clase de éstos.

A tenor de lo establecido en los artículos 354 a 357 del Código Civil, las tres clases de frutos son:

- frutos naturales: aquellas producciones espontáneas de la tierra que estén manifiestas o nacidas, las crías, (a partir del momento en que estén en el vientre de su madre aunque no hayan nacido) y demás productos de los animales.

- frutos industriales: aquellos que producen los predios de cualquier clase, en beneficio del cultivo o del trabajo, siempre que estén manifiestos o nacidos.

- civiles: el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas.

Para autores como GARCIA GOYENA el artículo 1.519 se refiere solamente a los frutos naturales e industriales debiendo regularse los civiles por lo establecido en el artículo 451.3: "esto por lo que respecta a los frutos naturales e industriales;

en cuanto a los civiles está ya previsto en el artículo 429 para el poseedor de buena fe" (148). También GARCIA CANTERO sostiene que la referencia del artículo 1.519 es exclusivamente a los frutos naturales o industriales, los civiles se regulan por el artículo 451.3 y por tanto hay que entender que se consideran producidos por días y se repartirán entre comprador y vendedor en proporción al tiempo respectivo de disfrute (149).

Sin embargo la aplicación del artículo 451.3 del Código Civil en cuanto a su producción por días, sólo tendrá lugar en el supuesto de que no haya frutos en el momento de la venta y sí, en el del retracto convencional, por cuanto que ha de procederse a un prorrateo de los frutos que exige necesariamente conocer el momento en el que estos frutos pueden ser considerados como tales; para los naturales e industriales, se sigue el criterio de su manifestación (artículo 357), para los civiles el de su producción diaria (artículo 451).

En los demás supuestos (existencia en ambos casos y existencia durante la titularidad del fruto retraído), las reglas que luego se analizarán son aplicables por igual a los tres casos.

Aclarado el ámbito al que es aplicable este artículo, de su lectura cabe distinguir tres situaciones:

Primero: Que haya frutos manifiestos o nacidos en el momento de la compraventa, y no los haya en el momento de

ejercitar el retracto convencional.

Segundo: Que los haya al celebrar la compraventa y también al ejercitar el retracto convencional.

Tercero: Que no los haya al tiempo de la venta y sí al del retracto.

Los frutos producidos durante el tiempo en el que el comprador es propietario, le corresponden en virtud, precisamente de su título de propiedad y no, como mantienen algunos autores (153), por ser poseedor de buena fe.

Primero: Que los haya al celebrar la compraventa y no al ejercitar el retracto.

Nada dice sobre este supuesto el artículo 1.519 del Código Civil pero en realidad no resulta necesario al ser aplicable lo establecido en los artículos 1.095 y 1.468 del Código Civil.

Quien vende una cosa con frutos, ha de atenerse a lo dispuesto en el articulado regulador de la compraventa, con las excepciones que en caso de retracto, se deriven de otra norma.

En este caso concreto de inexistencia de frutos en el momento de ejercitar el derecho real de adquisición, no existe una regulación específica porque en nada difiere de la situación normal de compraventa de una cosa fructífera, debiendo remitirse



a lo establecido con carácter general para la compraventa por el artículo 1.468 del Código Civil. En base a este artículo, que no es sino aplicación del principio consignado en el artículo 1.095 ("el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla"), todos los frutos pertenecen al comprador desde el momento en que se perfeccionó el contrato, si bien pesando sobre él la obligación de abonar los gastos de producción (artículo 356 del Código Civil).

Esta regla es aplicable a todo tipo de frutos, incluidos los civiles (151).

Segundo: Que los haya al tiempo de celebrarse la venta, y también al tiempo de ejercitarse el retracto convencional.

El primer párrafo del artículo 1.519 establece para este supuesto la existencia de abonos o prorrateo ("serán para el retrayente todos los frutos manifiestos o nacidos en el momento en que ejercite el retracto convencional"). Parte del hecho de que los frutos existentes en el momento de la venta fueron para el comprador, por lo que los existentes en el momento de ejercicio del retracto convencional, deberán ser para el retrayente, y ello con independencia de la cuantía de unos y otros, y de los gastos que hubiera sido necesario realizar para su obtención, lo que si bien en determinados casos puede dar a situaciones no demasiado justas, evita a juicio del legislador, cálculos complicados y costosos (152).

Tercero: Que no haya frutos en el momento de la compraventa y sí los haya en el de ejercicio del retracto convencional.

Formula el artículo 1.519, para este supuesto, la regla del prorrateo entre ambas partes en proporción al tiempo durante el que el comprador "poseyó la finca".

La lectura de este artículo lleva a preguntarse sobre la razón del prorrateo establecido, sobre el motivo de separación de la regla general del artículo 1.095 del Código Civil adaptada para la compraventa por el artículo 1.468, y para la compraventa con pacto de retro, por el artículo 1.519.1.

Los frutos son para la parte compradora desde el momento de perfección del contrato, ¿por qué no se aplica esta regla en el supuesto de inexistencia de frutos en el momento de la compraventa y sí en el de ejercicio del retracto convencional?. GARCIA GOYENA entiende que el prorrateo parece conforme a la equidad, habida cuenta del tiempo en que aquel poseyó la finca (153); opinión asimismo mantenida por MANRESA-BLOCH (154) para los que por haber gastado el comprador su tiempo y su dinero, no sería justo que el vendedor/retrayente se alzase con ellos, lo justo continúan, es que se prorrateen.

En este supuesto es importante no perder de vista que el retrayente, es titular de un derecho real de adquisición preferente e independiente a la voluntad del propietario de la cosa. Puede ejercitar su derecho y adquirir la cosa cuando lo

desea y en un precio ya establecido de antemano, si los frutos del bien objeto del retracto convencional fueran en su totalidad para el retrayente, el propietario del bien se mostraría reacio a realizar ningún esfuerzo en su producción, por cuanto que, ejercitado el retracto tendría sólo derecho a que se le abonaran los gastos de producción (artículo 356). El retrayente ejercitaría el retracto convencional justo en el momento en el que existieran frutos.

Por ello el legislador establece como fórmula más justa la del prorrateo en base al tiempo de posesión.

Queda sin regular por este artículo el modo de realizarse el prorrateo. En tanto que él habla de prorrateo de los propios frutos manifiestos o nacidos, la doctrina (155) habla de reparto del producto líquido obtenido una vez deducidos los gastos realizados por el comprador para la siembra... y por el vendedor para la recolección... ("nisi quod deductis impensis superit"). De realizarse así el reparto, habría que regular la intervención del retraído en la venta de los frutos, así como todo lo referente a la liquidación; así por ejemplo, cómo devolver el dividendo a cuenta abonado al titular de las acciones objeto de retracto, antes o después de ser declarado definitivo por la Junta General Ordinaria; cómo determinar el momento de la venta de los frutos obtenidos; cómo hablar de producto líquido en el supuesto de que el retrayente no desee vender los frutos...

Se deja al arbitrio de las partes la regulación de todos

estos interrogantes en el momento de celebrar el negocio jurídico creador del retracto convencional.

Lo que sí ha sido objeto de discusión de la doctrina, es el modo de calcular el año al que hace referencia este artículo.

Frente a la postura de SCAEVOLA-BONET (156) o de BORRELL Y SOLER (157), para los que el año es el civil (años de doce meses dice exactamente BORRELL Y SOLER), contado a partir de la venta, GARCIA GOYENA y GARCIA CANTERO (158) entienden que el módulo de reparto es el periodo fructífero, ni se ha de contar precisamente por el civil o del calendario, sino por el año natural de cosecha a cosecha, según la diversa especie de los frutos; lo importante dice GARCIA CANTERO es partir de que el comprador ha hecho suyos los frutos correspondientes a los actos de producción completos transcurridos en posesión de la finca, ya sean anuales, mensuales, bianuales... y el último se reparte entre comprador y vendedor.

Tal interpretación resulta más coherente con la finalidad del artículo que persigue una solución equitativa en el aspecto de los frutos al ejercitar el retracto convencional. El comprador goza de los frutos producidos por la cosa en su totalidad cuando finaliza el ciclo de producción, de nada le sirve que pasen uno o dos años si el ciclo es por ejemplo superior. Dado que son los frutos el objeto del reparto, lo lógico es que el criterio temporal sea el de su ciclo productivo y no el natural; si bien en ocasiones podrán coincidir, así por ejemplo en caso de que el

objeto del retracto convencional sean unas acciones, los frutos de éstas, es decir los dividendos se aprueban anualmente en la Junta General Ordinaria de cada ejercicio, ejercicio que tiene doce meses.

En el supuesto de que al ejercitar el retracto convencional no existan frutos manifiestos o nacidos, y por tanto y a tenor del artículo 357, no pudieran ser considerados como frutos, el comprador sólo tendrá derecho a que se le abonen los gastos dirigidos a su obtención, así preparación de tierras y sementera (159).

## VII.- CONCURRENCIA

### 1. EN GENERAL

Ya se apuntó en la Introducción los problemas que surgen como consecuencia de la concurrencia en un solo supuesto de dos o más derechos reales de adquisición; la finalidad a la que están dirigidos (la adquisición preferente de una cosa) impide la posibilidad de que sean ejercitados simultáneamente e implica la necesidad de establecer unos criterios de jerarquía que permitan conocer cuál de ellos se ha de ejercitar con carácter preferente.

De entre los tres tipos de concurrencia o colisión que cabe

que se produzcan, entre derechos reales de adquisición de origen negocial y de origen legal, los que afectan al retracto convencional son los dos primeros, de ahí que el análisis de la concurrencia del retracto convencional se limite a ellos.

## 2. CONCURRENCIA DE DERECHOS DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL CON DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN NEGOCIAL

Existe una opinión mayoritaria en favor de que los derechos reales de adquisición legal prevalecen sobre los de origen negocial, si bien ningún precepto legal le sirve de fundamento, a diferencia de lo que ocurre con los retractos legales donde es precisamente la existencia de demansiados criterios establecidos por las distintas leyes, lo que provoca confusiones e incluso contradicciones.

Las razones en las que se apoyan para mantener esta preferencia son varias:

- Para GARCIA AMIGO y GARCIA CANTERO, los retractos legales están establecidos por ley inspectiva contra lo que nada puede el pacto o el testamento que da origen a los negociales (160).

- Para PUIG BRUTAU los retractos legales han de ser preferidos a los negociales porque protegen los intereses que la ley y no las partes consideran objeto de protección (161).

- Para CANO la prelación de los legales sobre los negociales se debe a la mayor fuerza preferencial y rango de aquellos sobre éstos (162).

En la actualidad, algunos autores (163) recurren a la Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, cuya Ley 446 dispone que "los retractos legales prevalecen sobre los derechos convencionales de opción, tanteo y retracto".

Tal postura es definida por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Noviembre de 1.964 al señalar en un supuesto de colisión entre retracto convencional y retracto arrendaticio que "al ser el recurrente arrendatario de la finca que compró y tener por ello un derecho de adquisición de rango superior al de la retrayente, no podía ejercitar ésta su acción contra aquel, y para su acertada resolución es preciso tener en cuenta que la Ley de Arrendamientos Urbanos, con la tendencia social de facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad de su vivienda o local de negocio, le concede un derecho de retracto legal, y la retrayente para que no resulte estéril la voluntad del legislador no puede ejercitar su derecho contra el arrendatario, por ser éste titular de uno más privilegiado".

Para un supuesto concreto de concurrencia entre un retracto legal de comuneros y un retracto convencional, SANCHEZ ROMAN (164) ofrecía la solución contraria; en base al principio "pacta sunt servanda", y a que "no procede el retracto contra las ventas con pacto de retro, en tanto no se haya consumado la venta por

haber transcurrido el plazo de retro", sostenía este autor la prevalencia del convencional sobre el legal. No hay que olvidar, sin embargo la posición de este autor en torno a la compraventa con pacto de retro; para SANCHEZ ROMAN se trata de una compraventa sometida a condición resolutoria, de una compraventa imperfecta que, en consecuencia, no puede dar lugar al derecho de retracto de comuneros.

En similares términos y por idéntico motivo se expresa RIAZA. Se plantea este autor un supuesto de colisión entre un retracto de colindantes y un retracto convencional: A vende a retro a B una finca con la que colinda otra, teniendo el propietario de ésta, C un derecho de retracto en el supuesto de producirse una transmisión. RIAZA entendiendo como posible que C ejercite su derecho de retracto sobre B, y que A, de ejercitar en su día el retracto convencional lo hiciera contra C, afirma que lo más natural, lo más lógico, lo más jurídico es, acomodándose a la naturaleza de la subrogación que exige que la cosa se encuentre en absoluto dominio del subrogado, retardar al retrayente legal el ejercicio de su acción a después de haber expirado el plazo de los cuatro años para el ejercicio del retracto convencional; de esa forma sí el retrayente convencional hacía uso de su derecho, el derecho del retrayente legal se considera como no nacido a causa de la imperfecta transmisión del dominio, y si no, el citado retrayente legal podía dirigirse contra el comprador con pacto de retro para subrogarse en su posición (165).

Coincide con esta posición la sentencia del Tribunal Supremo



de 10 de Diciembre de 1.907, cuyo complicado supuesto conviene exponer como ejemplo de los problemas que en la realidad pueden producirse con la coexistencia de varios derechos reales de adquisición:

Juan y Pedro eran los titulares del dominio directo y útil respectivamente de una finca; Juan había adquirido el primero en venta judicial, y Pedro el segundo, por cesión de Antonio constituyéndose una subenfiteusis en la que Antonio era el titular del dominio directo; Pedro vendió con pacto de retro su dominio útil a Luis, teniendo para ello el consentimiento de Antonio, pero no el de Juan, y vendió asimismo su derecho de retracto a Francisco; a su vez Luis, tras inscribir su título de compra en el Registro vendió su dominio útil a Jose. Transcurridos cuatro años sin que Pedro ejercitara su retracto convencional se hizo anotación en el Registro de haberse consolidado el dominio útil en Jose. Un año después, Juan dueño directo de la enfiteusis se dirige contra Jose ejercitando su derecho de retracto. El Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo interpretando que el plazo extraordinario del artículo 1.639 del Código Civil "debe contarse desde la fecha en que por no haber hecho uso el vendedor del pacto convencional que reservó, fue consolidada la venta en el Registro de la Propiedad, que es precisamente cuando la inscripción en que consta la condición resolutoria de retro surte todos sus efectos, y la compradora adquiere irrevocablemente el dominio útil que es objeto de discusión".

Postura contraria a la aquí sostenida, la mantiene, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Mayo de 1.943, al afirmar que el colindante puede ejercitar su derecho de retracto aún cuando la compraventa se haya realizado con pacto de retro, por entender que el colindante adquiere por subrogación un derecho de dominio que puede devenir irrevocable y, en todo caso, adquiere el uso y disfrute de lo comprado durante un plazo que puede llegar a 10 años, con facultad entretanto de vender o gravar su derecho sobre la finca en la forma revocable que la ha adquirido, el vendedor con cláusula de retrocesión podrá recuperar "erga omnes" su propiedad.

En idénticos términos se pronuncia la sentencia de 24 de Marzo de 1.956 en un supuesto de colisión entre retracto legal de colindantes y retracto convencional: "... 'porque tal pacto, el de retro, aunque en principio no impide el retracto legal, no puede desconocerse que si éste y consiguientemente el del colindante origen de la demanda, consiste a tenor del artículo 1.521 del Código Civil en el derecho de subrogarse en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, pero en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, lo que obligaría a la retrayente legal a cumplir ineludiblemente el pacto de una de las condiciones del mismo, y a respetar el ejercicio que de su derecho hiciera el vendedor...".

\*

\*

\*

Ante lo mantenido por estas dos posturas y en un análisis de las situaciones que se producen al colisionar dos derechos reales de adquisición de distinto origen, legal y convencional, cabe la posibilidad de mantener una tercera postura fundamentada no en la preferencia de uno sobre el otro en base a los intereses que defienden, sino en base al momento en que se constituye la relación jurídica.

Sin embargo y para proceder a un verdadero análisis de los supuestos de concurrencia entre derechos reales de adquisición de origen legal y derechos reales de adquisición de origen negocial, concretamente el retracto convencional, es preciso establecer como punto de partida que el retracto convencional no es una condición resolutoria, y que, en consecuencia, una compraventa con pacto de retro es una compraventa perfecta que puede ser origen de retractos legales a ejercitar en los plazos legalmente establecidos a contar desde la fecha de celebración de esa compraventa.

Acordada una compraventa entre las partes, la creación simultánea de un retracto convencional sólo supone la posibilidad para quien en la compraventa es vendedor, de recuperar lo que por ella ha vendido, mediante una nueva adquisición que, en modo alguno puede ser calificada como resolución de la compraventa anterior.

Establecido esto como presupuesto básico y volviendo al problema de la colisión, cabe, como se adelantó, hacer una

distinción basada en el momento en que se constituyó la relación jurídica que hace posible el nacimiento del retracto legal.

Primero: El retracto convencional existe con anterioridad a la relación jurídica que puede dar origen a un retracto legal.

Se trataría del siguiente supuesto: A vende a B una casa con pacto de retro; B la alquila a C y posteriormente la vende a D.

La relación jurídica que posibilita el ejercicio del retracto legal, el arrendamiento, es posterior a la creación del retracto convencional. Si C, como consecuencia de la transmisión de B a D ejercita su retracto legal, adquirirá la propiedad de la cosa en las mismas condiciones que se vendía, y por tanto, gravada con un retracto convencional. Si posteriormente, A quiere ejercitar su derecho, en base al carácter real del retracto convencional reconocido en el artículo 1.510 del Código Civil, podrá dirigirse contra C y adquirir el objeto de su derecho.

Si el intento de ejercitar su derecho de retracto convencional fuera simultáneo al ejercicio del retracto arrendaticio por parte de C, entender preferente el derecho de C frente al de A en el caso concreto de los arrendamientos, lejos de proteger los intereses que protege la Ley de Arrendamientos Urbanos de acceso a la propiedad del arrendatario, podría incluso perjudicar a éste, por cuanto de preferirse el retracto legal sobre el retracto convencional, y por tanto de producirse la adquisición de la cosa por parte de C, A ejercitaría su derecho

contra él y C perdería su propiedad; de no considerarlo preferente, además de evitar dos transmisiones, A adquiriría directamente de D y C, a tenor del artículo 1.20 conservaría su arrendamiento.

En la colisión con otros derechos reales de adquisición, la preferencia del legal sobre el convencional supondría únicamente un rodeo inútil de dos transmisiones. La propia esencia de los retractos legales exige que su ejercicio suponga la adquisición en las mismas condiciones que el retraído; al existir un retracto convencional previo, el hipotético retraído legal adquiere la propiedad gravada con un retracto convencional, si el retrayente legal ejercita su derecho quedará sometido a que el retrayente convencional ejercite su derecho.

En estos supuestos de ejercicio simultáneo del retracto convencional y del retracto legal es obvio lo inútil que resulta para el retrayente legal ejercitar su derecho; no ocurre lo mismo en caso de que el retrayente convencional no intente ejercitar su derecho por cuanto que si bien corre el riesgo de que lo haga en un momento dado, también es importante destacar que precisamente por ese riesgo puede obtener un precio de compra bajo con el que adquirir una cosa de valor superior, y sobre la que finalmente el retrayente convencional no ejercite su derecho.

Segundo: El retracto convencional existe con posterioridad a la relación jurídica que permite el nacimiento de un derecho real de adquisición legal.

Se trataría del siguiente supuesto: A es propietario de una finca colindante de la de B, reuniendo las condiciones necesarias a tenor del artículo 1.523 para tener un derecho de retracto. A vende su finca a C con pacto de retro; B podrá ejercer su derecho en el momento de la primera transmisión, quedando entonces sometido al pacto de retro, o en la segunda transmisión adquiriendo para sí la finca adquirida por A y en las mismas condiciones que éste. B en cualquiera de los dos supuestos habrá de esperar a que se produzca la transmisión para ejercitar su derecho.

La prevalencia del derecho de origen legal se aprecia mejor en caso del tanteo, así por ejemplo si en el supuesto anterior, B fuera el arrendatario de la casa de A, y éste la vendiera con pacto de retro, de ejercitar su tanteo en el momento de la retroventa, el derecho de tanteo de B prevalecería sobre el retracto convencional de A, por cuanto que la relación jurídica que lo posibilita es anterior a la creación del retracto convencional.

### 3. CONCURRENCIA ENTRE DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN VOLUNTARIO

En los supuestos de colisión entre los derechos de adquisición de origen voluntario prevalece asimismo el criterio cronológico, será preferente aquel que se haya creado antes.

Así por ejemplo, si A vende a retro a B y éste vende a retro a C, y en un momento dado, A y B se dirigen a C para ejercitar su derecho de retracto convencional, prevalecerá el de A que es anterior en el tiempo.

Lo mismo ocurrirá si la colisión se produce entre distintos derecho de origen voluntario, así retracto convencional y retracto voluntario.

Caben dos ejemplos:

- A vende a retro a B y éste acuerda con C que si transmite la cosa tendrá un derecho de tanteo o uno de retracto. Si cuando transmite B la cosa, C ejercita su derecho y lo hace también A, el derecho de éste es anterior y por tanto prevalecería. Si no lo ejercitara en ese momento y sí posteriormente, se dirigirá contra C.

- A y B acuerdan que si B vende, A tendrá un derecho de tanteo o un derecho de retracto (obviamente de carácter voluntario); si B vende a C con pacto de retro, y A ejercita su derecho en esa primera transmisión lo hará sometido a retro porque adquiere en las mismas condiciones que las ofrecidas o, en su caso, las ya realizadas, pero si por el contrario, espera a la segunda transmisión, adquirirá con carácter preferente al titular del retracto convencional, por cuanto su derecho es anterior.

## VIII.- EXTINCION

### 1. CAUSAS DE EXTINCION

Se analizaron en la Introducción las causas de extinción de los derechos reales de adquisición, causas que la ley no determina ni con relación a todos, ni con referencia a cada uno de ellos (166).

Los motivos entonces señalados con carácter general, no inciden de igual forma en el retracto convencional, de ahí la necesidad de analizarlos de forma concreta para este derecho.

#### A) Destrucción y salida del comercio de la cosa.

Esta causa de extinción se deriva de la propia naturaleza de derecho real del retracto convencional. El derecho real recae sobre una cosa determinada, por lo que el perecimiento de ésta lleva consigo la extinción del derecho. La desaparición física del objeto del retracto convencional o la pérdida del carácter de "res in commercio" traerán consigo la extinción del retracto convencional.

#### B) Ineficacia sobrevenida del acto constitutivo.

Si el precontrato creador del retracto convencional es



inválido, bien porque falta algún elemento esencial (inexistente), bien porque va contra la norma (nulo), bien porque existe algún vicio en el consentimiento, o falta la capacidad necesaria en las partes contratantes (anulable); o si siendo válido no produce efectos, porque éstos cesan, o se resuelve o se rescinde, lógicamente el derecho por él creado se extingue sin que esta desaparición del retracto convencional afecte en modo alguno a la compraventa si bien es verdad que con frecuencia las causas de la invalidez del precontrato suelen estar también presentes en la compraventa. La cosa habrá salido del patrimonio del vendedor pero éste no podrá recuperarla con preferencia a cualquier otro, ni con independencia de la voluntad del propietario.

Si la invalidez o la ineficacia afectan al contrato de compraventa inicial, también se producirá la extinción del contrato; nula la compraventa o resuelta por acuerdo de las partes, la cosa objeto de la venta, y en consecuencia objeto del derecho creado por el precontrato, no llega a salir del patrimonio del vendedor, por lo que no podrá ser adquirido por él mismo.

Ejemplos típicos de extinción del retracto convencional por nulidad de la compraventa celebrada de forma simultánea a su creación, son aquellos en los que la compraventa se utilizaba como garantía de un préstamo. Así los supuestos contemplados por las sentencias de 8 de Marzo de 1.957 ("la verdadera voluntad de los contratantes fue realizar un contrato de préstamo

encubierto"), 28 de Mayo de 1.957, 15 de Octubre de 1.964 ("declarar la nulidad por simulación de la escritura pública de compraventa con pacto de retro... siendo válido el pacto subyacente en que la referida compraventa servía de garantía"), 5 de Julio de 1.982.

La nulidad de estas compraventas no sólo las afecta a ellas por tratarse de negocios simulados, sino también a los negocios disimulados por ser con frecuencia, préstamos usurarios (sentencias de 25 de Octubre de 1.924, 31 de Marzo de 1.944, 19 de Junio de 1.962 y 25 de Julio de 1.982).

Y en todos esos casos, la nulidad de la compraventa lleva consigo que la cosa cuya titularidad se transmite no salga del patrimonio del vendedor, quedando sin sentido el retracto convencional.

Lo mismo ocurrirá si la compraventa se resuelve por falta de pago y el vendedor recupera la cosa vendida en base al artículo 1.124 del Código Civil.

#### C) Consolidación.

Se trata de confusión de derechos que en el campo de las obligaciones conserva tal denominación (167) y en el de los derechos reales pasa a denominarse consolidación.

El retracto convencional se extinguirá "ipso iure" si se

reúne, por cualquier motivo, en la persona que ostenta su titularidad, la titularidad del derecho de propiedad (168) al reunirse en una persona ambas titularidades el retracto deja de ser un "ins in re aliena" para transformarse en "ins in re propria", lo que por definición no es posible (169).

Se trataría de aquellos supuestos en los que el retrayente se convierte en propietario de la cosa que pretende retraer, por causas distintas al propio ejercicio del retracto convencional, así por donación, herencia... El retracto convencional se extinguirá:

- porque es absorbido por el derecho real pleno de propiedad.

- porque su finalidad ya no tiene sentido, su ejercicio lleva consigo la adquisición de una cosa que ya pertenece a su titular.

#### D) Renuncia.

Siguiendo la opinión de ALBALADEJO, cabe afirmar que el retracto convencional es plenamente renunciable "al regir en toda su extensión el artículo 6.2 del Código Civil" (170).

Al ser el retracto convencional un derecho real de adquisición de origen negocial, los intereses que protege no se consideran de orden público, de ahí que quepa la renuncia por

parte de su titular, a tenor del citado artículo 6.2 del Código Civil, y siempre que no perjudiquen a terceros.

El retrayente podrá renunciar al retracto convencional en cualquier momento, desde el instante mismo de su creación hasta el de la extinción.

Al no establecer el Código Civil ninguna regulación específica sobre la renuncia del retracto convencional, ésta se rige por la normativa general. Así y siguiendo a ALBALADEJO (170) cabe afirmar que al retrayente para renunciar a ese derecho le bastará:

Una declaración de voluntad no receptiva. La resolución de 28 de Abril de 1.927 mantiene que "ní siquiera necesita ser comunicada a la parte beneficiaria cuando el renunciante levanta una traba impuesta al dominio".

- No solemne.

- Expresa o tácita, teniendo en cuenta que a tenor de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil el beneficiario de la renuncia podrá compeler al retrayente para que su renuncia conste en documento público.

Tal constancia en documento público será tanto más necesaria cuando el retracto convencional figure inscrito en el Registro de la Propiedad y se desee que tal renuncia tenga efectos frente a

terceros sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de caducidad.

- Constituye un negocio jurídico unilateral irrevocable.

#### E) Caducidad.

En el caso de las deudas de adquisición la caducidad se convierte, junto con el ejercicio, en las causa más comunes de extinción.

A diferencia de lo que ocurre con los derechos reales de adquisición de origen legal y algunos de origen voluntario como el tanteo y el retracto voluntario, en donde la caducidad implica exclusivamente la imposibilidad de ejercitarlos en esa ocasión pero no en otras, en el derecho de retracto convencional, el paso del tiempo establecido lleva consigo la extinción del derecho.

El artículo 1.508 del Código Civil establece para el ejercicio del derecho de retracto convencional dos plazos, uno de carácter subsidiario de 4 años para aquellos casos en los que las partes no hayan establecido otro distinto, y otro de 10 años de carácter imperativo que actúa como límite máximo en caso de pacto entre las partes.

El transcurso de uno u otro plazo sin ejercitar el retracto convencional supone necesariamente su extinción al tratarse ambos de plazos de caducidad que no admiten interrupción, ni se

suspende por causa alguna. Así lo afirma toda la doctrina (a excepción de BORRELL y SOLER que se muestra partidario de que sea un plazo de prescripción (171) ), y la jurisprudencia, destacando la sentencia de 26 de Enero de 1.952 que declaró "no ser posible revivir el derecho de retracto convencional transcurrido el plazo pues en ese supuesto se produce irremisiblemente el fenecimiento del retracto convencional, y el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio", y la sentencia de 8 de Noviembre de 1.985 que declaró sin efecto un retracto convencional por no haberse ejercitado durante el plazo de caducidad previsto de 10 años.

F) Ejercicio del derecho de adquisición preferente.

Como se ha analizado al estudiar la concurrencia o colisión de los derechos reales de adquisición, su naturaleza así como la finalidad que persiguen, dan lugar a un tipo de extinción propio cual es el ejercicio del derecho que les es preferente.

En el caso concreto del retracto convencional, éste sólo se extinguiría por esta causa en aquellos supuestos en los que se pretendiera ejercitar simultáneamente un derecho real de adquisición de origen legal cuya relación jurídica que posibilita su ejercicio existiera con anterioridad al establecimiento del retracto convencional, o cuando se pretendiera ejercitar otro derecho real de adquisición de origen negocial creado asimismo con anterioridad al propio retracto convencional.

G) Otras causas establecidas por las partes.

La extinción del retracto convencional puede deberse además de a las causas antes señaladas a motivos acordados expresamente por las partes.

Así la resolución de 18 de Junio de 1.898 resolvió un caso en que se había pactado que la falta de pago del arrendamiento produciría la consumación definitiva de la venta.

H) Ejercicio del derecho

Cabe hacer por último una referencia a la inclusión por parte de algunos autores (172) del ejercicio del derecho como "forma más corriente y normal de extinción, lo que en definitiva logra la función económica y social que explica su existencia"

2. CANCELACION DEL RETRACTO CONVENCIONAL, EN SU CASO, EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Extinguido el retracto convencional, si su existencia constaba en el Registro, habrá que hacer constar asimismo su extinción.

El artículo 177 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 23 de la Ley Hipotecaria, en la concepción como condición resolutoria que del retracto convencional mantiene, establecen

que transcurridos ocho días desde la finalización del plazo estipulado para la retroventa sin que ésta se haya realizado, se solicitará al registrador se extienda una nota marginal haciéndolo constar.

Si se consuma la adquisición, se producirá una nueva inscripción a favor de quien correspondiera.

No obstante y por la discrepancia con el mantenimiento de ese carácter de condición resolutoria, cabe pensar que el hacer constar la extinción del retracto convencional puede llevarse a cabo de distinta manera.

- Si la extinción se debe a la desaparición física o jurídica de la cosa objeto del derecho, habrá que presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca, si bien a juicio de ROCA SASTRE en todos estos casos no habrá interés de cancelar (173).

- En el supuesto de que la extinción se deba al ejercicio del derecho con aveniencia de ambas partes, o la renuncia del retrayente y en consecuencia, el titular del derecho a cuyo favor se hizo la inscripción, preste su consentimiento (principio básico del Derecho Hipotecario para ROCA SASTRE (174)), será de aplicación el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

La extinción del retracto convencional se derivará de la propia inscripción en la escritura pública en función de la que



el retrayente adquiere la cosa (artículo 79.2 y 82 de la Ley Hipotecaria: "Las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán... sino por otra escritura pública o documentos auténticos en el que preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, a sus causahabientes o representantes legítimos"). Si el titular no tuviera la capacidad necesaria, el artículo 178.1 establece: "A efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán para proceder a su cancelación obrener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos".

En estos supuestos, para obtener la cancelación, será necesario presentar una escritura pública o documento auténtico en el que exprese su consentimiento para la cancelación, dicho titular.

- Si no hubo aveniencia y hubo de acudirse a la vía judicial, la cancelación se producirá como consecuencia de la sentencia que recaiga en este procedimiento (artículo 82 de la Ley Hipotecaria: "Las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación").

Señala ROCA SASTRE (175) que son cuatro los tipos de

resoluciones que producen la cancelación:

1) la sentencia recaída en el juicio ordinario que por la cuantía corresponda, entablado específicamente para conseguir la cancelación;

2) resolución judicial mandando cancelar la inscripción;

3) resolución recaída en procedimiento adecuado para dilucidar cuestión distinta a la de la cancelación, cuando ésta se derive del fallo pronunciado;

4) resolución en la que, en virtud de recurso de reposición interpuesto contra la providencia ordenando la anotación preventiva de una demanda, se acuerda la cancelación de la anotación preventiva practicada.

- Si la extinción se debe a caducidad, podrá pedirse la cancelación por quien esté interesado en ello; dice el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria: "podrán ser cancelados sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado queda extinguido porque resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción", y el artículo 174.1 del Reglamento Hipotecario: "La misma escritura pública en cuya virtud se haya hecho la inscripción, será título suficiente para cancelarla si resultase de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado". En base a este artículo, ROCA SASTRE señala tres

medios de practicar las cancelaciones, mediante la presentación de la misma escritura pública, mediante la presentación conjunta de ésta y documento fehaciente, o mediante la presentación de documento fehaciente sólomente.

Esta cancelación se hace a petición de parte y no de forma automática (resolución de 5 de Diciembre de 1.919).

## SEGUNDA PARTE. EJERCICIO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

### I.- EN GENERAL

El ejercicio del retracto voluntario dependerá única y exclusivamente de que se cumplan los requisitos establecidos para ello por las partes. De ahí que el estudio de su ejercicio no se realice de forma paralela al del retracto convencional como se ha venido haciendo en otros capítulos, y se resalte sólo aquello que le es característico o que puede presentar algún problema o especialidad.

Se configura el retracto voluntario como un derecho real de adquisición creado negocialmente y en virtud del cual quien es

propietario de una cosa concede gratuita u onerosamente, a otra persona, la facultad de, en el supuesto de que transmita la cosa, adquirirla con preferencia a cualquier otro, siempre que ofrezca la misma contraprestación ofrecida por el tercero, o una proporción sobre esta según lo que hayan pactado en el negocio creador.

El titular del retracto voluntario tiene un derecho de adquisición preferente, pero sólo en aquellos casos en los que el propietario transmite la cosa; depende por tanto de la voluntad de éste, sin que sea suficiente, como en el retracto convencional, su deseo o posibilidades de adquirir.

## II.- PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO

### 1. SUBJETIVOS

El retracto voluntario nace en virtud de un precontrato celebrado entre las partes, y subsiste en poder de su titular hasta que por alguna de las causas que luego se verán, se extingue, o en su caso, hasta que se ejercita.

Durante ese tiempo están presentes, el propietario de la cosa que ha concedido el derecho de retracto, y el hipotético retrayente. El propietario de la cosa tiene un derecho de propiedad sobre ésta casi pleno, de forma que puede usarla,

gravarla, disfrutarla, e incluso enajenarla como cualquier otro propietario cuyo derecho de propiedad no estuviera gravado por un derecho real de adquisición; la única diferencia es que existiendo un retracto voluntario, si cuando el propietario enajena la cosa, el retrayente quiere ejercitar su derecho, estará obligado para con él de acuerdo con las cláusulas establecidas en el negocio jurídico creador.

Por su parte, el retrayente es titular de un derecho real que, en función de cómo haya sido creado, tendrá o no un contenido económico y por tanto posibilidad de ser objeto de transmisión. Si el ser titular del retracto voluntario es subjetivamente real, es decir se debe a ser titular de determinadas situaciones jurídicas (por ejemplo ser vecino), el hipotético retrayente podrá enajenar su derecho, siempre y cuando éste se transmita junto con la situación jurídica en la que está inmerso (por ejemplo con la casa de la que la cosa objeto del retracto voluntario es vecina).

Si por el contrario la titularidad del retracto voluntario es independiente, es objetivamente real, el retrayente podrá transmitir libremente su derecho.

Y este carácter de enajenabilidad del retracto voluntario, supone además la posibilidad de hipotecarlo a tenor de lo establecido en el artículo 106.2 de la Ley Hipotecaria: "Podrían ser hipotecados los derechos reales enajenables ...".

## 2. OBJETIVOS

El presupuesto objetivo para que se ejercite el retracto es la transmisión de la cosa gravada por este derecho a un tercero, no será suficiente, al igual que en el retracto legal, la existencia de tratos preliminares u ofertas sino que habrá de tratarse de una transmisión realizada (mediante tradición), ni siquiera bastará la celebración del contrato de enajenación que lo origina (176).

## III.- EJERCICIO

### 1. REGULACION DE LAS PARTES

En el marco de la libertad para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes (artículo 1.255 del Código Civil), las partes en el momento de creación del retracto voluntario podrán definir como quieran el momento de ejercicio del retracto voluntario determinando para ello como deseen:

- el plazo de duración que podrá ser indefinido como ocurre con su paralelo legal.
- el carácter subjetivo o no, con el que se cree el derecho

(sólo en tanto en cuanto se sea propietario de la finca colindante o en cualquier caso).

- el número de transmisiones como consecuencia de las cuales podrá ser ejercitado; número que como en alguna ocasión se ha apuntado, habitualmente estará limitado a uno.

- el tipo de transmisiones que posibilitarán su ejercicio; así por compraventa, dación en pago, transacción, permuta, donación, o adjudicación de la cosa común, por alguno o por todos ellos.

- el plazo de ejercicio a partir del momento de celebración de la transmisión acordada, así como el "dies a quo"; así desde la celebración de la transmisión, desde su toma de conocimiento, desde la inscripción en el Registro ...

- la forma en que el propietario haya de comunicar la realización de la celebración de la transmisión.

- las condiciones a cumplir por el retrayente que bien podrán determinarse como aquellas idénticas a las ofrecidas por un tercero, o las que resulten de elevar o disminuir en una proporción fija esas condiciones. Hay que señalar que si bien la posibilidad de fijar una proporción que disminuya las condiciones ofrecidas por el tercero existe, en la práctica no tendría excesivo sentido, por cuanto que nadie compraría una cosa conociendo que además del riesgo de quedarse sin ella por el

ejercicio del retracto voluntario, corre el peligro de no recuperar la totalidad de lo gastado en la compraventa. Por el contrario, la proporción que aumentara lo abonado, podría ser un incentivo para correr con ese riesgo de perder lo comprado.

- el modo en que habrá de realizarse el ejercicio: por declaración solemne, por simple comunicación...

## 2. APLICACION ANALOGICA DE LA REGULACION DEL RETRACTO LEGAL

El problema se plantea cuando las partes no han pactado expresamente la regulación de un derecho en cuanto a los puntos antes citados, ¿cuál sería la regulación aplicable?.

Evidentemente no cabrá aplicar las normas del Código relativas al retracto convencional que es sustancialmente distinto (177) sino normas comunes a los retractos legales.

### A) Plazo de duración y número de transmisiones

El retracto voluntario se concederá con carácter indefinido, es decir, mientras dure la situación en base a la cual se ha otorgado, y con el fin de ser ejercitado en todas las transmisiones que durante ese tiempo se produzcan.

### B) Transmisiones que dan lugar a su ejercicio



La compraventa o dación en pago y aquellas transmisiones que les son equiparables (adjudicación en subasta, entrega a censo reservativo...), cualquier enajenación onerosa cuya contraprestación no sea fungible o personalísima. Postura ésta mantenida por el retracto legal por doctrina (178) y en ocasiones jurisprudencia (179).

La transmisión ha de estar consumada y así BADENES GASSET (180) afirma que "es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el retracto sólo puede aprovecharse cuando la venta está consumada, esto es, cuando el vendedor ha transmitido al comprador el dominio con la posesión de la cosa mediante la tradición real o simbólica (sentencias de 26 de Mayo de 1.943, 4 de Julio y 21 de Diciembre de 1.946, 5 de Febrero de 1.952), siendo necesario no sólo una operación de compraventa, sino una verdadera y consumada adquisición del dominio por parte de tercero (sentencia de 25 de Marzo de 1.957).

#### C) Tanteo

Si las partes no acordaran nada en cuanto a la inclusión en el derecho de retracto pactado de una fase previa a la transmisión, de un derecho de tanteo, se entenderá que no cabe éste y que las partes sólo desean que se ejercite el derecho preferente de adquisición cuando se haya transmitido la cosa a un tercero.

D) Plazo para el ejercicio del retracto

Primero: Carácter. Es un plazo de caducidad.

Segundo: Dies a quo y dies ad quem. El plazo comienza a contar desde el día siguiente a aquel en el que el retrayente tenga concimiento completo de la transferencia, entendiendo dicho conocimiento como noticia exacta de todos los extremos que interesan y no sólo ciertas referencias o datos incompletos de las condiciones (181).

Así lo establece la sentencia de 12 de Diciembre de 1.986 para un supuesto de comuneros: el plazo se cuenta ... y en su defecto desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la transmisión. En el mismo sentido se expresa, para un supuesto de retracto arrendaticio, la sentencia de 14 de Octubre de 1.987.

El plazo es civil por lo que a tenor del artículo 5.2 del Código Civil no se descuentan los días inhábiles. En los plazos fijados por días, el día inicial no se incluye y el final se incluirá por entero. Si el tiempo se ha fijado por meses o años, se computan de fecha a fecha.

Tercero: Notificación. El propietario que transmite la cosa deberá notificarlo al retrayente, así como las condiciones en que se ha producido. No obstante, aunque tal notificación no se haya realizado, el plazo comenzará a correr si el retrayente hubiera tenido conocimiento por otro medio desde que lo tuvo.

No cabe, sin embargo, equiparar el conocimiento a la inscripción en el Registro de la Propiedad, por cuanto ello sería perjudicar al retrayente sin apoyo legal taxativo (182). O'CALLAGHAN mantiene la postura contraria en base al artículo 1.620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.524 del Código Civil.

Cuarto: Duración. En base al artículo 1.618.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, algunos autores (183) entienden que el plazo de caducidad es de 9 días a constar desde el otorgamiento de la escritura de compraventa o, en su caso, desde la inscripción en el Registro de la Propiedad.

#### E) Forma

En principio y dado el corto periodo de tiempo para presentar la demanda de retracto, el ejercicio de este derecho se realizará de forma habitual judicialmente a través del proceso especial regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la consiguiente consignación del precio si éste fuera conocido o la fianza de consignarlo si no lo fuera.

No obstante, y si hubiera acuerdo entre retrayente y retraído bastaría con que se celebrara entre ellos una nueva transmisión de la cosa objeto de retracto.

Si el objeto del retracto voluntario fuera un bien inmueble y dicho derecho estuviera inscrito -dada la conveniencia de

hacerlo, por cuanto en caso contrario nada podrá hacer el retrayente contra el tercer adquirente que, si además ha inscrito su derecho estará protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, el ejercicio del derecho se hará constar en el Registro para que se proceda a realizar los correspondientes asientos de cancelación; el cumplimiento extrajudicial, por tanto se realizará mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

F) Obligaciones del retrayente

Una vez conocida por el retrayente la existencia de la transmisión así como las condiciones de la misma, deberá requerir al nuevo propietario para que, a su vez, le venda la cosa objeto de su derecho, abonándolo a cambio, en base al artículo 1.518 por remisión del artículo 1.525:

- el precio o el valor que el retraído pagará a su vez al transmitente, con independencia de que el valor de la cosa sea superior o inferior (sentencia de 29 de Mayo de 1.957).

- los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

- los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

Con referencia al concepto y aplicación de todos estos gastos, hay que remitirse a lo expuesto para el retracto

convencional para no caer en repeticiones innecesarias, por cuanto como ya se ha citado se aplica el artículo 1.518 correspondiente al retracto convencional (184)

Sólo añadir que el precio deberá ser el real con independencia de cual sea el que figure en el documento de transmisión; si el retrayente sólo tiene conocimiento de que el precio real es distinto al que figura pero no sabe su importe, deberá al ejercitar el retracto, dar fianza de consignar/abonar la diferencia hasta el verdadero cuando lo conozca (185).

#### G) Obligaciones del retraído

El retraído deberá entregar la cosa al retrayente en las mismas condiciones en que el enajenante la transmitió, aplicando analógicamente lo establecido por los artículos 1.511 y 1.525 del Código Civil para el retracto legal.

#### H) Causas de extinción

El retracto voluntario se extinguirá por:

- destrucción o salida del comercio de la cosa objeto del derecho.

- ineficacia del negocio creador del derecho de retracto.

- ineficacia de la transmisión que ha dado lugar al

retracto. Para PUIG BRUTAU no obstante, y con referencia al retracto legal, esta ineficacia ha de deberse a una causa legal, no a la voluntad de los particulares, pues no debe depender de esta voluntad que fracase el derecho de retracto (186).

En el mismo sentido se expresan sentencias de 12 de Octubre de 1.912, 26 de Febrero de 1.916 y 12 de Junio de 1.951. Esta última señala que "... si bien desaparece si el contrato se rescinde por causas legales, no así cuando la rescisión obedece tan sólo a la voluntad o conveniencia de los contratantes, circunstancias que no pueden influir en la efectividad del derecho del retrayente".

- consolidación en la misma persona -ya sea el propietario, ya sea el retrayente- del derecho de retracto y el de propiedad. Absorbido por el derecho real pleno, su finalidad no tiene sentido.

- renuncia al derecho por su titular en base a lo establecido en el artículo 6.2 del Código Civil, siempre que no perjudiquen a terceros y dado que los intereses que protegen no se consideran de orden público.

- desaparición de la situación jurídica en base a la que, en su caso, se había creado el retracto voluntario.

- ejercicio del derecho de adquisición preferente que bien

podrá ser de origen convencional, bien de origen legal, en base al mismo criterio cronológico analizado al estudiar el retracto convencional (187).

- caducidad: si el retracto voluntario se ha establecido por una sola transmisión, se extinguirá el plazo de caducidad concebido; si no existe esa limitación la caducidad supondría la imposibilidad de ejercitarlo en esa ocasión, pero no en otras posteriores que pueden llegar a celebrarse.

#### 1) Limitación a enajenar lo adquirido

De no existir pacto entre las partes, no cabe considerar que el que adquiere mediante el ejercicio del retracto voluntario esté obligado a conservar la cosa durante un determinado periodo de tiempo.

#### 4. RESOLUCION/ NUEVA TRANSMISION/ SUBROGACION

Con ocasión del ejercicio del retracto voluntario, se plantea una vez más, y como en el caso del retracto legal, la instrumentación del negocio jurídico en virtud del cual el retrayente adquiere el objeto de su derecho (188).

Al igual que en el retracto legal cabe mantener tres posturas:

- resolución de la compraventa -o transmisión de que se trate- entre A y B, siendo A el propietario y B el tercero, y celebración de una nueva compraventa entre A y C.

Postura ésta mantenida por COMAS (189), SANCHEZ ROMAN (190), así como por el artículo 1. 506 del Código Civil que afirma que "la venta se resuelve... por el retracto legal".

- Subrogación de C en la transmisión celebrada entre A y B, permanencia de la transmisión con modificación de una de las partes. Postura defendida por RIAZA (191), ESPIN (192), COSSIO (193), BORRELL (194), MANRESA (195), SCAEVOLA-BONET (196) y por el artículo 1.521 del Código Civil "El retracto legal es el derecho de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere...".

- Permanencia de la transmisión entre A y B y celebración de una segunda entre B y C en las mismas condiciones de aquella.

Opinión que defendida por ALBALADEJO (197), GARCIA CANTERO (198) y O'CALLAGHAN (199) es la más acorde con la propia naturaleza del retracto legal y del retracto voluntario.

Ambos derechos sólo pueden ser ejercitados, una vez se ha producido el contrato de compraventa y se ha transmitido -mediante su entrega- la cosa al comprador. Siendo éste el nuevo



propietario del objeto del retracto, no cabe que el retrayente se subrogue en un contrato que ya está perfecto y terminado para que la transmisión de la propiedad se haga a su favor. Sólo cabe que el tercero adquirente, conocedor de las condiciones en las que adquiriría (derecho de propiedad gravado con un derecho real de adquisición) transfiera de nuevo la propiedad al retrayente en las condiciones que se hubieran pactado al crearse el retracto.

Esta postura de mantener la existencia de dos transmisiones no supone, además, una incidencia negativa para las partes intervinientes por cuanto que incluso fiscalmente, la letra B del artículo 59 del Real Decreto 3.494/81 de 29 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados establece la exención que es utilizada por LACRUZ para insistir en la inexistencia de las dos transmisiones.

Con respecto al retracto voluntario, si bien este artículo se refiere exclusivamente al retracto legal, cabe entender su aplicación a unos supuestos idénticos a los del retracto legal, pero de creación voluntaria. Exención que, por otra parte, es absolutamente lógica, por cuanto que evita que el retrayente pague dos veces por la adquisición del bien objeto del retracto:

a) una a través de la devolución al tercero de los gastos

ocasionados por el contrato de compraventa (pago que es el que efectivamente se produce).

b) otra, liquidando el contrato/escritura pública de compraventa (pago que es el que este artículo 59 evita a través de la exención).

## NOTAS AL CAPITULO SEPTIMO

- (1) GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XIX, Madrid 1.980, página 531.
- (2) DIEZ PICAZO Y GULLON "Sistema de Derecho Civil", Tomo II, Madrid 1.986, página 377.
- (3) PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo III, volumen 3, Barcelona 1.978, página 212.
- (4) MANRESA-BLOCH "Comentarios al Código Civil español", Tomo X, volumen 1, Madrid, páginas 424, 429 y 433.
- (5) GARCIA CANTERO op. cit. página 531.
- (6) RIAZA "Los retractos, errores dominantes en la materia, Madrid 1.919, página 157.
- (7) SCAEVOLA-BONET "Código Civil comentado y concordado extensamente", Tomo XXIII, volumen 2, Madrid 1.970, página 393.
- (8) GARCIA CANTERO op. cit. página 539.
- (9) GARCIA CANTERO op. cit. página 540.
- (10) PUIG BRUTAU op. cit. página 212.
- (11) GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español", reimpresión de la edición de Madrid 1.852, Zaragoza 1.974, página 762.
- (12) RIAZA op. cit. página 156.
- (13) CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, página 33.
- (14) BADENES GASSET "El contrato de compraventa", Tomo II, Barcelona 1.979, página 945.
- (15) GARCIA GOYENA op. cit. página 762.

SANTAMARIA "Comentarios al Código Civil español", Tomo II, Madrid 1.958, página 544.

(16) ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario", Tomo IV, volumen 1, Barcelona 1.968, página 444.

(17) ROCA SASTRE op. cit. página 462.

(18) ROCA SASTRE op. cit. página 446.

(19) VALVERDE "Derecho Civil español", Valladolid 1.926, página 384.

GARCIA GOYENA op. cit. página 762.

DIEZ PICAZO y GULLON op. cit. página 378.

LACRUZ "Elementos de Derecho Civil", Tomo II, volumen 3, Barcelona 1.986, página 102.

BORRELL Y SOLER op. cit. página 261.

PUIG BRUTAU "Diccionario de acciones en Derecho Civil español", Barcelona 1.984, página 316.

(20) ROCA SASTRE op. cit. página 447.

(21) ROCA SASTRE op. cit. página 448.

(22) BORRELL Y SOLER op. cit. página 261.

(23) BENITO GUTIERREZ Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.878, Tomo 52, página 609: "Aunque el Derecho romano y las Partidas permiten pactarlo por tiempo indefinido, los intérpretes actuales consideran que en función de la difícil situación en la que se deja al comprador es mejor ponerle tope".

(24) AGUIRRE Y MONTALBAN Febrero reformado, Tomo II, Madrid 1.852, página 141.

(25) OTTO Y CRESPO Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.862, Tomo XXI, página 240.

(26) GARCIA GOYENA op. cit. página 761.

(27) SERRANO SERRANO "Retracto enfiteúutico", Eciclopedia jurídica española, Tomo XXVII, página 499.

(28) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 378.

(29) GARCIA CANTERO op. cit. página 523.

(30) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER "Comentarios al tomo de Obligaciones de Enneccerus-Lechman, Tomo II, volumen 2, página 162.

CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 26.

ALBALADEJO "Derecho Civil", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.983, página 343.

PUIG BRUTAU "Fundamentos..." op. cit. página 414.

GARCIA CANTERO op. cit. páginas 524 y 526.

(31) BORRELL Y SOLER op. cit. página 255.

(32) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 374.

(33) GARCIA CANTERO op. cit. página 524.

(34) OTTO Y CRESPO op. cit. página 240.

(35) GARCIA CANTERO op. cit. página 563. Entiende que no serían válidas las cláusulas de estabilización que supusieran una disminución del precio, por cuanto que iría contra la obligación establecida en el artículo 1.518 del Código Civil, de devolver el precio de la venta.

(36) DIEZ PICAZO Y GULLON "Sistema..." op. cit. página 377.

(37) GARCIA CANTERO op. cit. página 529.

(38) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 378.

(39) BADENES GASSET op. cit. página 298.

(40) GARCIA CANTERO op. cit. página 526.

(41) BADENES GASSET op. cit. página 929.

CASTAN "Derecho Civil español común y foral", Tomo IV,

Madrid 1.986, página 172.

(42) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 26.

GARCIA CANTERO op. cit. página 528.

(43) Sentencias de 10 de Julio de 1.876 y 26 de Mayo de 1.930.

(44) SERRANO SERRANO op. cit. página 500.

(45) GARCIA CANTERO op. cit. página 528.

(46) GARCIA CANTERO op. cit. página 527.

(47) BORRELL Y SOLER op. cit. página 255.

(48) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER op. cit. página 162.

(49) O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo II, volumen 2, Madrid 1.989, página 64.

(50) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 27.

(51) DE CASTRO "La promesa de contrato", Anuario de Derecho Civil 1.950, página 1.181.

(52) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 27.

(53) GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición", Revista de Derecho Privado 1.976, página 129.

(54) GARCIA AMIGO op. cit. página 130.

(55) DE CASTRO op. cit. página 1.183.

(56) CLEMENTE DE DIEGO "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, Madrid 1.959, página 128.

PUIG BRUTAU op. cit. Tomo IV, página 510.

(57) SERRANO SERRANO op. cit. página 498.

ALBALADEJO "Derecho Civil", Tomo III, volumen 2, Barcelona 1.983, página 350.

GARCIA CANTERO op. cit. página 558.

(58) MANRESA-BLOCH op. cit. página 484 y siguientes.

(59) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 36.

- (60) GARCIA CANTERO op. cit. página 563.
- (61) GARCIA CANTERO op. cit. página 558.
- (62) GARCIA GOYENA op. cit. página 764.
- (63) ALBALADEJO op. cit. página 350.
- (64) GARCIA CANTERO op. cit. página 558.
- (65) ALBALADEJO op. cit. página 350.
- (66) GARCIA CANTERO op. cit. página 558.
- (67) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 28.
- (68) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 485.
- (69) CASTAN op. cit. página 173.
- (70) BONET "Código Civil comentado", Madrid 1.964, página 1.186.
- (71) GARCIA CANTERO op. cit. página 559.
- (72) GARCIA GOYENA op. cit. página 764.
- (73) BORRELL Y SOLER op. cit. página 256.
- (74) LINARES NOCI "La prelación enfiteútica", Revista de Derecho Privado 1.986, página 761.
- (75) MANRESA-BLOCH op. cit. página 165.
- (76) GARCIA CANTERO op. cit. página 112.
- (77) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo I, página 606. De acuerdo con esta postura se encuentra ALBALADEJO, op. cit. Tomo II, volumen 2, página 23.
- (78) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 425.
- (79) GARCIA CANTERO op. cit. página 201.
- MANRESA-BLOCH op. cit. páginas 484 a 488.
- BORRELL Y SOLER op. cit. página 100.
- (80) GARCIA CANTERO op. cit. página 560.
- (81) MARTIN PEREZ "Comentarios al Código Civil y Compilaciones

- forales", Tomo VI, Madrid 1.980, página 297.
- (82) MANRESA-BLOCH op. cit. página 486.
- (83) MANRESA-BLOCH op. cit. página 486.
- (84) POTHIER "Oeuvres", Tomo IX, 1.861, página 224.
- (85) BADENES GASSET op. cit. página 967.
- (86) GARCIA GOYENA op. cit. página 764.
- (87) SCAEVOLA-BONET op. cit. página 428.
- (88) BORRELL Y SOLER op. cit. página 526.
- (89) BADENES GASSET op. cit. página 967.
- (90) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.983, página 114.
- (91) SCAEVOLA op. cit., Tomo VIII, Madrid 1.948, página 457.
- (92) BADENES GASSET op. cit. página 968.
- (93) RICA BARBERIS "Le spese sulle cosa immobili e il suo resarcimento" 1.914, página 37.
- (94) RICA BARBERIS op. cit. página 143.
- (95) MARTIN PEREZ op. cit. página 304.
- (96) MANRESA-BLOCH op. cit. página 487.
- (97) SCAEVOLA-BONET op. cit., Tomo XXIII, volumen 2, página 427.
- (98) GARCIA GOYENA op. cit. página 764.
- (99) GARCIA CANTERO op. cit. página 560.
- (100) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 428.
- (101) BORRELL Y SOLER op. cit. página 259.
- (102) BORRELL Y SOLER op. cit. página 258.
- (103) MANRESA-BLOCH op. cit. página 487.
- (104) MANRESA-BLOCH op. cit. página 487.
- (105) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 428.



- (106) MARTIN PEREZ op. cit. página 307.
- (107) GARCIA CANTERO op. cit. página 562.
- (108) BONET op. cit. página 1.186.
- (109) BADENES GASSET op. cit. página 970.
- (110) GARCIA CANTERO op. cit. página 562.
- (111) DIEZ PICAZO "Fundamentos...", Tomo I, Madrid 1.986, página 464
- (112) BONET "El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias", Actualidad de Derecho Civil 1.978, página 452.
- (113) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 429.
- (114) GARCIA CANTERO op. cit. página 563.
- (115) GARCIA CANTERO op. cit. página 564.
- (116) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER op. cit. página 163.
- (117) Vid. supra. Capítulo Sexto, primera parte. Apartado III. 2 A).
- (118) GARCIA GOYENA op. cit. página 766.
- (119) Vid. supra. Capítulo Sexto. Primera parte. Apartado III. 2 B).
- (120) Vid. supra. Capítulo Sexto. Primera parte. Apartado III. 3 y nota 37.
- (121) SCAEVOLA- BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 428.
- BORRELL Y SOLER op. cit. página 260.
- (122) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER op. cit. página 163.
- (123) GARCIA CANTERO op. cit. página 566.
- (124) GARCIA GOYENA op. cit. página 765.
- (125) GARCIA CANTERO op. cit. página 566.

- (126) GARCIA GOYENA op. cit. página 765: el comprador deberá indemnizar si no ha cuidado de la cosa como un buen padre de familia.
- (127) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 435.
- (128) BADENES GASSET op. cit. página 974.
- (129) SANTAMARIA op. cit. página 548.
- (130) BORRELL Y SOLER op. cit. página 260.
- (131) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 372.
- (132) GARCIA CANTERO op. cit. página 574.
- (133) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER op. cit. página 163.
- (134) MANRESA-BLOCH op. cit. página 493.
- (135) GARCIA CANTERO op. cit. página 575.
- (136) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, Barcelona 1.968, página 268.
- (137) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 436.
- (138) GARCIA CANTERO op. cit. página 576.
- (139) GARCIA GOYENA op. cit. página 766.
- (140) MANRESA-BLOCH op. cit. página 492.
- (141) CASTAN op. cit. Tomo IV, página 173.
- (142) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, páginas 436 y 437.
- (143) BONET op. cit. página 1.187.
- (144) MANRESA-BLOCH op. cit. página 492.
- (145) GARCIA CANTERO op. cit. página 565.
- (146) O'CALLAGHAN op. cit. página 66.
- (147) BADENES GASSET op. cit. página 974.
- (148) GARCIA GOYENA op. cit. página 765.
- (149) GARCIA CANTERO op. cit. páginas 570 y 573.

- (150) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 432.
- (151) GARCIA CANTERO "Concepto de frutos en el Código Civil español" Revista de Derecho Notarial Julio-Diciembre 1.955, página 93.
- (152) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 571.
- (153) GARCIA GOYENA op. cit. página 765.
- (154) MANRESA-BLOCH op. cit. página 490.
- (155) GARCIA GOYENA op. cit. página 765.  
MANRESA-BLOCH op. cit. página 490.  
BADENES GASSET op. cit. página 971.  
GARCIA CANTERO op. cit. página 572.
- (156) SCAEVOLA-BONET op. cit. Tomo XXIII, volumen 2, página 435.
- (157) BORRELL Y SOLER op. cit. página 262.
- (158) GARCIA GOYENA op. cit. página 765.  
GARCIA CANTERO op. cit. página 572.
- (159) GARCIA GOYENA op. cit. página 765.
- (160) GARCIA AMIGO op. cit. página 125.  
GARCIA CANTERO op. cit. página 500.
- (161) PUIG BRUTAU op. cit. página 496.
- (162) CANO "Colisión entre derechos de adquisición preferente", Barcelona 1.978, página 162.
- (163) PUIG BRUTAU op. cit. página 496.  
GARCIA AMIGO op. cit. página 126.
- (164) SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho Civil", Tomo IV, Madrid 1.910.
- (165) RIAZA op. cit. página 219.
- (166) GARCIA AMIGO op. cit. página 128.
- (167) FAVERO "Estinsione delle obbligazioni per confusione", Milán

1.964.

(168) GONZALEZ PORRAS "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XVI, volumen 1, Madrid 1.980, página 369.

(169) CICU "Estinzione di rapporti giuridici per confusione" Sassari 1.908, página 5 y siguientes.

(170) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 1, página 222.

(171) BORRELL Y SOLER op. cit. página 255.

(172) GARCIA AMIGO op. cit. página 129.

(173) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 239.

(174) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 245.

(175) ROCA SASTRE op. cit. Tomo III, página 279.

(176) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 345.  
Sentencias que exigen la consumación, si bien para el retracto legal son: 29 de Febrero, 1 de Abril y 16 de Junio de 1.960, 24 de Octubre de 1.961 y 7 de Febrero de 1.964.

(177) O'CALLAGHAN op. cit. página 68.

(178) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 339.

O'CALLAGHAN op. cit. Tomo III, Madrid 1.988, páginas 300 y 301.

(179) Sentencias de 9 de Marzo de 1.893, 11 de Junio de 1.902, 12 de Febrero de 1.904, 30 de Diciembre de 1.927, 30 de Enero de 1.952 y 26 de Marzo de 1.960. Si bien son numerosas las sentencias que siguen el criterio restrictivo por considerar a estos derechos como una limitación al derecho de propiedad y a la libre contratación (sentencia de 28 de Febrero, 12 de Junio y 9 de Diciembre de 1.964).

(180) BADENES GASSET op. cit. página 59.

(181) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, páginas 345 y 346. Recoge numerosa jurisprudencia, así entre las sentencias más recientes: 24 de Enero y 21 de Marzo de 1.962, 30 de Enero, 7 de Marzo, 28 de Mayo y 22 de Junio de 1.963, 11 de Diciembre de 1.964, 16 de Marzo de 1.965, 9 de Mayo de 1.966, 8 de Febrero de 1.967, 21 de Marzo y 30 de Octubre de 1.969, 30 de Enero y 18 de Noviembre de 1.971, 5 de Mayo y 30 de Octubre de 1.972 y 6 de Marzo de 1.973.

(182) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 347.

(183) O'CALLAGHAN op. cit. Tomo II, volumen 2, páginas 69 y 70.

(184) O'CALLAGHAN op. cit. página 69.

(185) Vid. supra. Apartado IV de la primera parte de este Capítulo.

(186) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 351.

(187) PUIG BRUTAU op. cit. página 411.

(188) Vid. supra. Apartado VIII.1 de la primera parte de este Capítulo.

(189) COMAS "La revisión del Código Civil español", Madrid 1.900, Tomo V, página 611.

(190) SANCHEZ ROMAN op. cit. páginas 584 a 586.

(191) RIAZA op. cit. páginas 256 a 328.

(192) ESPIN "Manual de Derecho Civil español", volumen 2, Madrid 1.985, página 650.

(193) COSSIO "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, revisado y puesto al día por M de Cossio y J. León, Madrid 1.988, página 353.

(194) BORRELL Y SOLER op. cit. página 264.

(195) MANRESA-BLOCH op. cit. página 495.

- (196) SCAEVOLA-BONET op. cit. páginas 449 y 455.
- (197) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 342.
- (198) GARCIA CANTERO "Comentarios..." op. cit. página 446.
- (199) O'CALLAGHAN op. cit. página 70 y Tomo III, Madrid 1.988, página 300.

## CAPITULO OCTAVO

LOS RETRACTO CONVENCIONAL Y VOLUNTARIO EN LAS COMPILACIONES  
FORALES.

PRIMERA PARTE. EL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR EN LA COMPILACION  
DE DERECHO CIVIL DE CATALUNA

I.- EN GENERAL

II.- ORIGEN Y NATURALEZA JURIDICA DE LA CARTA DE GRACIA

III.- VARIEDADES DE LA CARTA DE GRACIA

IV.- SUJETO ACTIVO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

1. EN GENERAL

2. CAPACIDAD

A) Capacidad de obrar plena

B) Capacidad de obrar complementada

C) Falta de capacidad de obrar

3. SUPUESTO HABITUAL

4. EJERCICIO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR POR LOS  
ACREEDORES

5. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS

V.- SUJETO PASIVO ESPECIAL

1. CAPACIDAD

2. SUPUESTO HABITUAL



### 3. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS

## VI.- OBJETO

1. COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

2. SUPUESTOS EN LOS QUE EL OBJETO QUE SE RECUPERA NO ES IDENTICO AL QUE SE VENDIO

A) Disminución del valor

B) Aumento del valor

## VII.- EJERCICIO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

1. SITUACION PREVIA

A) Comprador

B) Vendedor

2. PLAZO DE EJERCICIO

A) Duración

B) Dies a quo

3. FORMA

4. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR O QUIEN SEA TITULAR DEL  
DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

A) Pago u ofrecimiento de las cantidades  
establecidas en el artículo 327

B) Importes a abonar

5. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO DE LA COSA GRAVADA CON  
EL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

SEGUNDA PARTE. EL RETRACTO CONVENCIONAL Y EL VOLUNTARIO EN LA  
COMPILACION DE NAVARRA

I.- EN GENERAL

II.- DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL

1. CONCEPTO Y CLASES

2. TIPOS

III.- DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN NEGOCIAL

1. EN GENERAL

2. DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO VOLUNTARIO

A) Constitución

B) Objeto

C) Requisitos formales

D) Transmisión

E) Plazo

F) Ejercicio

### 3. DERECHO DE OPCION

## IV.- DERECHO DERIVADO DE LA VENTA A RETRO

### 1. EN GENERAL

### 2. SUJETO ACTIVO

A) Capacidad

B) Supuesto habitual

C) Imposibilidad de ejercicio por parte de los  
acreedores

D) Pluralidad de sujetos

E) Usufructuario

### 3. SUJETO PASIVO ESPECIAL

- A) Capacidad
- B) Supuesto habitual
- C) Pluralidad de sujetos

### 4. OBJETO

### 5. EJERCICIO

- A) Situación previa al ejercicio
- B) Plazo de ejercicio
- C) Forma
- D) Obligaciones de quien sea titular del derecho de retracto
- E) Obligaciones de quien sea propietario de la cosa cuando se ejercite el retracto
- F) Frutos

V.- DE LA VENTA CON PACTO DE RETRO COMO GARANTIA

TERCERA PARTE. EL DERECHO DE ADQUISICION EN OTRAS  
COMPILACIONES.

PRIMERA PARTE. EL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR EN LA COMPILACION  
DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

-----

I.- EN GENERAL

Los artículos 326 a 328 de la Compilación de Cataluña (Texto refundido de 19 de Julio de 1.984) regulan las llamadas venas a carta de gracia o empenyaments, institución jurídica muy parecida a la venta con pacto de retro (regulada en los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil), pero con unas especialidades que le caracterizan y a la vez diferencian de ésta última.

En este sentido BROCA y AMELL (1) afirman que "en Cataluña, la compraventa en la que se reserva al vendedor el derecho de recuperar la cosa mediante la devolución del precio, forma un contrato especial llamado a carta de gracia". Para PARES (2) "en Cataluña forma el pacto de retro un todo orgánico que da origen a la venta a carta de gracia"; BORRELL Y SOLER afirma asimismo que el pacto de retro se sustituye en Cataluña por el contrato de venta a carta de gracia (3).

También la jurisprudencia señala las diferencias existentes entre una y otra institución, si bien parte de la coincidencia

esencial en cuanto al origen y finalidad. La sentencia de 8 de Marzo de 1.951 afirma en su primer considerando "que el retracto convencional castellano y la carta de gracia catalana coinciden esencialmente en su origen y finalidad, pues ambas derivan del pacto de retrovendendo, aunque con características especiales tanto en Castilla como en Cataluña y ambas van encaminadas a facilitar al vendedor la recuperación de lo vendido mediante la devolución del precio, gastos y mejoras al comprador, pero se diferencian las dos figuras jurídicas en que, a tenor del artículo 1.508 del Código Civil el derecho de retracto convencional durará como máximo 10 o 4 años según exista o no pacto expreso de duración, mientras el derecho de lluir y quitar, ejercitado primitivamente con gran amplitud en el tiempo, puede mantenerse durante 30 años, según doctrina jurisprudencial que aplica a la acción de retraer la prescripción genérica establecida en el Usatge Omnes Causae, señalando también otros autores otra diferencia más diluida y menos justificada consistente en que el precio de la venta a carta de gracia suele ser inferior hasta 2/3 al valor real de lo vendido, circunstancia que ordinariamente no concurre en el retracto convencional..."

También para la sentencia de 23 de Marzo de 1.972 son "dos figuras jurídicas que si bien coinciden esencialmente en su origen y finalidad pues ambas van encaminadas a facilitar al vendedor la recuperación de lo vendido mediante la devolución del precio, gastos y mejoras, tienen sin embargo diferencias sustanciales debido principalmente al modo de tratar el plazo".



A tenor del artículo 326, las ventas a carta de gracia pueden ser definidas como aquellas en las que el vendedor se reserva el derecho a redimir lo vendido por el mismo precio de la venta.

Para CASALS COLLDECARRERA (4) se trata de un contrato sustantivo nominado mediante el que se produce un desdoblamiento especial del dominio, y de una parte el comprador adquiere un dominio especialísimo a carta de gracia, un dominio no pleno, del que se ha segregado un derecho real, y de otro el vendedor conserva este derecho real denominado de lluir y quitar.

Es importante destacar que a diferencia de lo que ocurre al estudiar el retracto convencional donde algunos autores identifican el contrato creador con el propio derecho real de adquisición, en la carta de gracia existe una perfecta distinción entre ella y el llamado derecho de lluir y quitar; aquella es conceptuada como un contrato sustantivo, nominado, específico, distinto de cualquier otro, en cuya estructura y como elemento principal se encuentra una condición resolutoria (5); el derecho de lluir y quitar como el derecho consistente en la comunión de un mismo derecho real de dos partes: una, el derecho a la resolución de la compraventa, y otra, automática, de reivindicar la cosa una vez declarada la inexistencia de la venta primitiva (6).

En cuanto al derecho de lluir y quitar es unánimemente aceptado entre la doctrina catalana su carácter real, carácter que se basa en:

- que recae directamente sobre el que es su objeto,

- que excluye cualquier otra persona de la adquisición de su objeto por cuanto que son derechos reales de adquisición preferentes de carácter absoluto,

- es limitado, consiste únicamente en la facultad de adquirir algo,

- es restrictivo del derecho de propiedad, sustrae de este derecho la plena libertad de disposición por cuanto que el titular del derecho de lluir y quitar puede, en cualquier momento adquirir la cosa,

- concede a su titular la facultad de reipersecutoriedad, es decir de dirigirse contra cualquiera que sea propietario del objeto del derecho de lluir y quitar en el momento de su ejercicio; facultad a la que se refiere el artículo 327 de la Compilación, al señalar que "para obtener la redención en las ventas a carta de gracia o empenyament, el redimente deberá satisfacer al comprador o a quien haya sucedido a ése en la propiedad de la cosa objeto de dichos contratos; y el artículo 328.2 : "el comprador o sucesor deberá indemnizar al redimente...."

Referencia al carácter real del derecho de lluir y quitar se encuentran en DURAN Y BAS (7), CASALS COLLDECARRERA (8), BROCA y

AMELL (9), PARES (10) y FAUS CONDOMINES (11)...

## II.- ORIGEN Y NATURALEZA JURIDICA DE LA CARTA DE GRACIA

No sería posible entender la razón de ser de la carta de gracia en Cataluña y por consiguiente del nacimiento del derecho de lluir y quitar, sin una referencia a su historia y a su origen.

Como en el supuesto de la compraventa con pacto de retro, la mayor parte de la doctrina coincide en considerar origen de la compraventa a carta de gracia el pacto de retrovendo romano (12).

Sin embargo, la verdadera creación de este contrato, como tal contrato sustantivo, como un todo orgánico corresponde, a juicio de FAUS y CONDOMINES (13) y de CASALS COLLDECARERA (14) íntegramente a la técnica jurídica catalana; para el fin social asignado a la venta a carta de gracia en la comunidad catalana resultaban pobre las garantías ofrecidas por una simple obligación personal derivada de un pacto accesorio; la íntima estructura de la institución de compraventa a carta de gracia hay que buscarla -continúa aquel autor-, en el mundo espiritual, ético jurídico que informa y regula la existencia de las comunidades domésticas, de matrimonio o asociaciones de familias

denominadas "cases pairals".

La "casa pairals" es, señala CASALS COLLDECARRERA (15), una entidad perpetua que, constituida por todas las generaciones se perpetúa a través del tiempo, lo que convierte en algo sumamente importante la conservación del patrimonio familiar.

Las generaciones presentes- dice este autor- cifran todo su orgullo en conservar el patrimonio recibido y en transmitirlo íntegramente, aumentándolo si es posible a sus sucesores; de ahí que sea difícil compaginar ese espíritu de conservación con la emptio-venditio denominada vulgarmente venta perpetua, y con el mutuum. Aquélla producía una doble amputación de la comunidad familiar, moral y material (la venda tot ho trenca; vendre es acabar; la hipoteca es la malaltia, la venda es la mort); éste una fuente de deudas para la comunidad (qui deu, viu penjat en creu).

Por ello y dado que la realidad trae consigo situaciones de adversidad en las que se necesitaba dinero, se extendió un tipo de contrato especial que lo facilitaba sin necesidad de perder para siempre el patrimonio por cuanto se conservaba un derecho de redimir lo vendido en determinadas condiciones: la venta a carta de gracia.

Lo cierto es que tal y como ocurrió con el retracto convencional, las ventas a carta de gracia fueron utilizadas en un gran numero de ocasiones para ocultar contratos usurarios. La

situación de penuria de quienes se veían obligados a vender sus bienes para obtener dinero facilitaba que los prestamistas utilizaran esta fórmula para realizar sus préstamos.

La propia denominación de la carta de gracia, "empenyament", hace alusión a esas situaciones.

Así PARES (16) señala que la carta de gracia que en principio era un contrato hijo de la previsión se ha desnaturalizado por la imperfección de las leyes que regulaban la efectividad del crédito hipotecario. La carta de gracia suprime la difusión procesal que merma la garantía y evita las exigencias del procedimiento. En el mismo sentido FAUS CONDOMINES (17) afirma que "los actos judiciales hacen que la hipoteca sea siempre onerosa, a veces insoportable y por consiguiente inasequible, mayormente cuando se trata de fincas de poca importancia; aunque la reforma hipotecaria de 21 de Abril de 1.909 aminoró estos inconvenientes, mientras no se supriman los procedimientos judiciales para la ejecución de las hipotecas, el pequeño propietario no tendrá más remedio, si quiere participar de los beneficios del crédito territorial, que sustituir dichos procedimientos por otro de carácter notarial, rapidísimo y económico".

También la jurisprudencia se pronuncia en este sentido, así la sentencia de 3 de Abril de 1.981 afirma en su segundo considerando "... es de tener en cuenta que la venta a carta de gracia acogida en el Derecho catalán que nació en su día de

la falta de una organización hipotecaria como hábil foram de aseguramiento; y la de 8 de Octubre de 1.981 señala que las ventas a carta de gracia han generado en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos como lo da a entender tanto el nombre de venta a carta de gracia originador de una venta pendiente del vendedor, y la denominación empenyament por evidenciarse en la experiencia práctica que muchas de esas enajenaciones significaban en realidad una prenda disfrazada de compraventa, con lo que no cabe sino reconocer que el préstamo es en esencia la base fundadora de la compraventa a carta de gracia o empenyament definida en el artículo 326 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña.

Otra cosa es que estas ventas se utilizaran en ocasiones para escapar de las disposiciones contra la usura del Derecho Canónico, y más tarde de la Ley contra la Usura de 23 de Julio de 1.908 ocultando préstamos usurarios, en cuyo caso podrían ser declarados usurarios por los tribunales, requiriéndose para ello no solamente la existencia de interés pactado, sino que éste resulte normalmente excesivo y aceptado por el prestatario a causa exclusivamente de una situación angustiosa (sentencia de 7 de Febrero de 1.989, Actualidad Civil 507/89).

\*

\*

\*

Hecha esta referencia al origen de la carta de gracia,

resulta más fácil entender la naturaleza jurídica que algunos autores le atribuyen.

DURAN Y BAS afirma que "llamase antiguamente este contrato empenyament o empenyo, indudablemente por su origen ... de suerte que para calificarlo con mayor exactitud, debe considerarsele como un préstamo con prenda sobre la que el poseedor ejerce los derechos de dominio con carácter revocable, y por el lucro cesante del capital dado en precio, percibe de su cuenta y riesgo los productos de la finca" (18).

Para FAUS CONDOMINES (19) el empenyament ocupa un lugar intermedio entre los contratos de enajenación y los de aseguramiento o garantía real. Para el vendedor es un acto de enajenación, un contrato en virtud del que transfiere o transmite la propiedad de una cosa; para el comprador es un medio para colocar dinero con garantía real.

CASALS COLLDECARRERA hace referencia también a cómo hasta en la terminología jurídica catalana se ha patentizado que el contrato nominado que más se asemeja al de carta de gracia no es el de compraventa con pacto de retro sino el de empeño; sin embargo, en éste la entrega de la cosa no supone la traslación del dominio, a diferencia de la carta de gracia donde existe una traslación dominical verdadera (20).

Para este autor la venta a carta de gracia supone un desdoblamiento del dominio, y mientras una parte, la mayor de las

facultades de éste, cambia de titular, la menor, representada únicamente por un derecho real continúa en poder del vendedor.

Si bien posteriormente, al analizar la carta de gracia y el derecho de lluir y quitar y al compararlos con la venta con pacto de retro y el retracto convencional, se observará la existencia de diferencias entre unos y otros, nada impide considerar que la naturaleza de la venta a carta de gracia sea exacta a la de la venta con pacto de retro, es decir la de una venta pura y simple, a cuya celebración acompaña siempre un precontrato en el que se crea un derecho real de adquisición en favor de quien en la venta ocupa el papel de vendedor, que le permite no desprenderse definitivamente de la cosa por cuanto en virtud de este derecho podrá adquirirla con preferencia a cualquier otro.

Quien celebra una venta a carta de gracia es, se ha analizado históricamente, porque necesita obtener un dinero a través de su venta y porque simultáneamente no quiere desprenderse definitivamente del objeto de la venta. Esa doble finalidad idéntica a la del retracto convencional, es conseguida a través de la creación de un derecho real de adquisición en favor del vendedor; un derecho real de adquisición que permite la adquisición de la cosa en cualquier momento, dentro del plazo establecido, y con independencia de la voluntad del que en el momento de su ejercicio sea propietario de la cosa; en definitiva un derecho de opción que, en la costumbre primero y luego en la Compilación, recibe el nombre de derecho de lluir y quitar, diferenciando así lo que es el contrato que origina todo lo demás



y el derecho real de adquisición.

No comparten esa identidad la mayor parte de la doctrina catalana para quien el retracto convencional y la carta de gracia son radicalmente distintos, en base precisamente a su estructura y naturaleza jurídica; entendiendo el retracto convencional como un derecho creado por una compraventa a la que se ha añadido por convenio accesorio una obligación condicional de transferir el dominio, en tanto en cuanto la carta de gracia tiene como elemento principal y esencial, como parte de su propia estructura, una condición resolutoria.

Lo cierto es que, como ya se analizó al estudiar el retracto convencional, esa condición resolutoria no existe, lo que se produce es una compraventa, y simultáneamente con la finalidad sustancial de no perder definitivamente el objeto de la venta, la creación de un derecho real que en unas condiciones determinadas permite la adquisición de lo que se ha vendido. Tal naturaleza y modo de creación son exactamente iguales en la carta de gracia y el derecho de lluir y quitar.

### III.- VARIEDADES DE LA CARTA DE GRACIA

Señala CASALS COLLDECARRERA que la carta de gracia que no

aparece estructurada en ningún cuerpo legal, adquiere en la práctica una variedad de matices que le hacen oscilar en numerosas variantes, desde el pacto accesorio de retroventa romano al préstamo con interés (21). Ello ha producido que algunos autores como FAUS CONDOMINES hayan elaborado una clasificación de las distintas formas de la carta de gracia, incluyendo en la misma variantes cuya identidad con esta institución jurídica es nula:

PRIMERO. \_ Desde un punto de vista económico

FAUS CONDOMINES señala las siguientes variantes (22):

- instrumento de crédito o contrato puro de carta de gracia: medio a través del que se vale el vendedor para hacerse con recursos pecuniarios, y el comprador para colocar un capital en forma segura y lucrativa.

- instrumento de pago o insolutum datio o carta de gracia (dación en pago): medio que se emplea por el vendedor para pagara sus deudas y que es aprovechado por el comprador para hacer efectivos sus créditos. Su naturaleza es la de una venta en la que se opera el negocio jurídico de la compensación ya que se trata de deudas iguales, líquidas y exigibles.

- carta de gracia con pacto de sucedendo: el deudor no concierta la venta a carta de gracia directamente con sus acreedores, sino que efectúa este contrato con un tercero junto con un mandato de satisfacer las deudas, reteniendo a este efecto el precio estipulado con la obligación de emplearlo en el pago de las deudas que ha designado el vendedor en el contrato el comprador no puede renunciar al mandato bajo ningún concepto.

SEGUNDO. \_ Desde un punto de vista jurídico

A) Contratos a carta de gracia que tienen por objeto la creación de un derecho real de carácter redimible: el propietario de una finca no transmite el dominio de la finca, sólo lo grava con una carga redimible.

Presenta a su vez tres variantes:

- venta a carta de gracia de determinadas servidumbres reales: el propietario de una finca rústica vende a carta de gracia el derecho de pastar en las hierbas y pastos que naturalmente nacen en los bosques y aún tierras de labor de su finca, por todo el año o bien solamente en invierno o verano; objeto de este tipo de contrato pueden serlo también los abrevaderos (abeurades de las terras de la Segarra y valles del Llobregés) y las acampadas (ejegudes).

El propio FAUS se plantea la naturaleza de estos derechos considerando la posibilidad de incluirlos como servidumbres pecuarias.

- venta a carta de gracia de partes alicuotas de frutos: el propietario de una finca vende una parte alicuota de los frutos que en la misma se han de recoger.

El efecto jurídico de este contrato es el de crear un derecho real de naturaleza redimible y transmisible por actos intervivos.

- venta a carta de gracia de árboles frutales: el propietario de una finca en la que existen árboles frutales vende a carta de gracia algunos o todos los frutales que hay en ella. Caben dos especialidades: a tot fruit (el comprador hace suyos la totalidad de los frutos de los árboles que han sido objeto del contrato, corriendo de su cargo los gastos de cultivo) y a mig fruit (el propietario de la finca queda encargado de cultivar los árboles vendidos a cambio de obtener la mitad de los frutos; se pretende con ello interesar al propietario en la conservación de los árboles aún cuando hubiere perdido la esperanza de rescatarlos.

B) Cartas de gracia que tienen por objeto la creación de un derecho de crédito o de obligaciones nominativas (censals morts

o violaris). Tienen dos elementos: un capital y una pensión periódica pecuniaria.

BORRELL Y SOLER los define como "el derecho redimible de cobrar una pensión a cargo de determinada persona o de sus sucesores como remuneración de un capital entregado a aquella y que generalmente se halla asegurado con garantía inmobiliaria" (23).

Se crea vendiendo a carta de gracia un pensión anual por un precio que es el que constituye el capital del censal y que puede devolver el vendedor para recuperar el derecho de no pagar ninguna pensión, que había enajenado.

C) Cartas de gracia que tienen por objeto la transmisión revocable del dominio de una cosa ; tales son las que constituyen el verdadero tipo de contrato a carta de gracia.

#### IV.- SUJETO ACTIVO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

##### 1. EN GENERAL

El derecho de lluir y quitar como todo derecho real tiene un

sujeto activo titular de derechos y un sujeto pasivo especial, aquella persona determinada por la cosa, especialmente obligada sobre la que pesan especiales deberes de conducta.

En los supuestos habituales, el sujeto activo del derecho de lluir y quitar coincidirá con el vendedor de la cosa y el sujeto pasivo especial con el comprador.

Sin embargo y dado que en base a lo establecido por el artículo 326 de la Compilación tanto el derecho de lluir y quitar como la propiedad limitada por éste son enajenables separadamente, incluso a carta de gracia, no siempre tendrá lugar esa coincidencia.

## 2. CAPACIDAD

Normalmente y dado el fundamento de la carta de gracia (no desprenderse con carácter definitivo de lo que se vende), la persona que es vendedor en la compraventa y titular del derecho de lluir y quitar, es quien en su momento ejercitará este derecho.

Ello hace que esta persona deba tener la capacidad necesaria para vender, para ser titular del derecho de lluir y quitar y para comprar después; dado que nada específico hay en la Compilación de Cataluña con respecto a la capacidad de las

personas y que por tanto se regula por el Código Civil, sólo se va a enunciar la capacidad necesaria en cada caso, remitiéndose en lo demás a lo analizado en el Capítulo Quinto respecto a los sujetos del retracto convencional y el retracto voluntario.

A) Capacidad de obrar plena

Podrán ser sujetos activos del derecho de lluir y quitar quienes sean mayores de edad y no estén incapacitados, (artículo 322 del Código Civil), así como quienes sin tener plena capacidad de obrar, pueden, dentro del ámbito de capacidad permitido, disponer de sus bienes o gravarlos.

B) Capacidad de obrar complementada

Los menores emancipados (artículos 286.1, 323 y 324 del Código Civil), los favorecidos con el beneficio de la mayor edad (artículo 286.2), los pródigos (artículos 286.3 y 298 del Código Civil) y los incapacitados parciales requerirán para ser vendedores en la venta a carta de gracia el complemento de los padres o en su caso, del curador; para el ejercicio del derecho de lluir y quitar, el menor emancipado y el favorecido con el beneficio de la mayor edad, podrán actuar libremente (artículo 323 del Código Civil); el declarado pródigo y el incapacitado parcial requerirán consentimiento del curador tanto si la sentencia así lo ha establecido como si no lo ha hecho (artículo 290 en relación al 271).

### C) Falta de capacidad de obrar

En el caso de quienes carecen de capacidad de obrar (por ser menor de edad no emancipado, o incapacitado completo), deberán actuar los padres o tutores en su nombre y representación, requiriendo previa autorización judicial unos y otros para vender si se trata de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios y sólo los tutores para el ejercicio del derecho de lluir y quitar (artículos 166 y 271 del Código Civil).

### 3. SUPUESTO HABITUAL

El supuesto habitual tal y como se ha descrito dado el fundamento de la venta a carta de gracia, será aquel en el que una misma persona sea vendedor en la venta a carta de gracia y quien ejercite el derecho de lluir y quitar a través de cuyo ejercicio volverá a su patrimonio lo que en un primer momento y, en general por necesidades económicas, ha salido de él.

### 4. EJERCICIO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR POR LOS ACREEDORES



Entendiendo el derecho de lluir y quitar como derecho idéntico al retracto convencional, cabe la posibilidad de su hipoteca a tenor del artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria y por tanto el ejercicio por parte de los acreedores que quieran cobrar sus deudas. (24)

##### 5. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS

En el supuesto de que fueran varios los titulares del derecho de lluir y quitar, bien porque fueran varios los vendedores, bien porque al único vendedor le hubieran sucedido inter vivos o mortis causa, varios, se plantea el modo de ejercicio del derecho.

Para ello hay que tener en cuenta que el artículo 100 de la Compilación excluye expresamente la solidaridad para el caso de varios herederos, tratándose por tanto de una situación de comunidad regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

A juicio de Ysas, dado que el derecho de lluir y quitar es indivisible, no cabría el ejercicio pro parte siendo necesaria la actuación conjunta de uno de ellos en nombre de los demás y en

beneficio de todos (25).

## V.- SUJETO PASIVO ESPECIAL

### 1. CAPACIDAD

Se trata de aquella persona especialmente obligada o gravada, con un deber de cooperar a la transmisión de la cosa.

Sujeto pasivo del derecho de lluir y quitar será cualquier persona que, en el momento de ejercicio de ese derecho sea propietario de éste; en ese sentido, dice el artículo 327 de la Compilación "...al comprador o a quien haya sucedido a éste en la propiedad de la cosa .."

Este sujeto pasivo deberá tener capacidad para vender el objeto del derecho de lluir y quitar cuando éste se ejercita, y dado que habitualmente coincidirá con el comprador de la venta a carta de gracia, los requisitos de capacidad coincidirán fundamentalmente con los del sujeto activo, si bien en sentido inverso porque quien es vendedor primero, pasa luego a ser comprador (sujeto activo), y quien primero es comprador, luego pasa a ser vendedor (sujeto pasivo).

## 2. SUPUESTO HABITUAL

Es el supuesto que se produce cuando el comprador de la venta a carta de gracia, es la persona especialmente obligada por la existencia de un derecho de lluir y quitar al estar su propiedad gravada con este derecho.

## 3. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS

Cuando existan varios compradores o al primer comprador le suceden intervivos o mortis causa varias personas en base a la transmisibilidad del derecho de propiedad cuya titularidad ostenta (artículo 326, segundo párrafo), se plantea el modo de ejercicio, dado que nada prevé la Compilación sobre el mismo.

La doctrina catalana mantiene que el derecho de lluir y quitar es un derecho indivisible por su propia naturaleza. Así lo recoge BROCA-AMELL y PUIG ROCA TRIAS (26) para quienes el derecho de lluir y quitar es un derecho abstracto dirigido a la recuperación de la cosa, no se refiere a porciones concretas de la cosa vendida, sino al bien vendido en general.

En base a esta indivisibilidad, YSAS entiende que no cabe el

ejercicio del derecho de lluir y quitar pro parte, debiendo ser dirigido contra todos los cotitulares del dominio resoluble (27).

Cabe objetar que el derecho de retracto regulado por el Código Civil tiene la misma finalidad (recuperar la cosa) y sin embargo no existe ninguna norma que lo considere indivisible, muy al contrario, entre su regulación se hallan varios artículos en los que se permite el ejercicio por separado del retracto convencional.

Es más, de mantenerse la postura de su indivisibilidad, existiría una clara posibilidad de burlar fácilmente el derecho de lluir y quitar vendiendo el objeto del derecho transitoriamente -mientras dure éste- a una pluralidad de personas.

## VI.- OBJETO

### 1. COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

El artículo 326 de la Compilación incluye de forma clara la posibilidad de que el objeto de las ventas a carta de gracia sean tanto bienes muebles como bienes inmuebles, por lo que las

discusiones doctrinales existentes en torno a este asunto con respecto al retracto convencional, no tienen aquí ningún sentido.

CASALS COLLDECARRERA (28) dice de las ventas a carta de gracia de bienes muebles, que si bien son teóricamente posibles no son frecuentes. No opina de igual modo FAUS CONDOMINES (29) quien señala la costumbre existente en algunas comarcas vinícolas de celebrar ventas a carta de gracia de útiles e instrumentos de las bodegas, generalmente con éstas o con parte de éstas.

El segundo párrafo del mismo artículo 326 introduce además la posibilidad de que la venta a carta de gracia tenga por objeto el derecho de propiedad gravado y el propio derecho de lluir y quitar, denominando a aquella sobreempenyament y a éste reempenyament. Denominaciones éstas no ajustadas a la práctica notarial (30) que denominaba sobreempenyament a la venta a carta de gracia del derecho de lluir y quitar y reempenyament a aquellos contratos en los que, a solicitud del vendedor, el comprador incrementaba el precio entregado en la primera carta de gracia con la consiguiente disminución del valor del derecho de lluir y quitar; estos reempenyament podían repetirse hasta llegar como máximo al valor real del bien vendido.

La venta carta de gracia del derecho de lluir y quitar ha supuesto tradicionalmente otro instrumento de obtener recursos pecuniarios; el vendedor que necesita dinero puede dirigirse al comprador y celebrar el reempenyament descrito, o bien dirigirse

a un tercero y venderle, de nuevo a carta de gracia, el derecho de lluir y quitar. En el momento de ejercicio, si la cosa está todavía en manos del primitivo comprador, hay que recuperar primero el derecho de lluir y quitar y luego ejercitarlo, retrayendo el objeto del mismo.

Si por el contrario el llamado reempenyatori (persona que adquiere el derecho de lluir y quitar a carta de gracia) hubiera ejercitado este derecho el primitivo vendedor deberá dirigirse a él y abonarle el precio del derecho de lluir y quitar vendido y el de la carta de gracia.

Existiendo la posibilidad de que sean objeto de una venta a carta de gracia derechos reales, CASALS COLLDECARRERA apunta que, si bien lo más frecuente es que el objeto de este derecho cuando se trata de cosas incorporales sea un derecho real, siempre que por su naturaleza sea enajenable, también puede serlo un derecho de crédito u obligación puramente personal (31).

Cabe también la posibilidad de celebrar una venta a carta de gracia de una cosa futura, pues si bien no está regulada en la Compilación, en los casos de empenyament de pastures, frutos o árboles frutales, lo habitual es que éstos no existan en el momento de celebrar el contrato.

2. SUPUESTOS EN LOS QUE EL OBJETO QUE SE RECUPERA NO ES IDENTICO AL QUE SE VENDIO.

El hecho de que el objeto de la venta a carta de gracia esté durante un determinado periodo de tiempo en manos de otra persona trae consigo la producción de cambios y modificaciones en esa cosa. Cambios que pueden provocar una disminución de su valor o, por el contrario, un aumento.

A) Disminución del valor.

El artículo 328.2 de la Compilación establece la necesidad de indemnizar al redimente por parte del comprador si la cosa hubiera sufrido una disminución a él imputable.

De ello se deduce que la disminución del valor de la cosa originada por caso fortuito o de forma natural, cede en contra del redimente del mismo modo que debe ser soportada por el comprador mientras no tiene lugar la redención.(32)

Se plantea en este sentido la posibilidad de que siendo el objeto de la carta de gracia un cultivo por ejemplo, pueda el comprador variar el cultivo del fundo. CASALS COLLDECARRERA (33) señala que debiendo el propietario de la cosa entender su derecho limitado en cuanto existe un derecho de lluir y quitar, si el cambio perjudicara al vendedor podría éste exigir indemnización por los daños producidos.

## B) Aumento de valor.

De igual modo, los aumentos de valor ceden en favor del titular del derecho de lluir y quitar, por cuanto que tales aumentos son disfrutados por el comprador mientras no se produzca la recuperación.

Plantea especiales problemas, a juicio de PARES (34) el supuesto del tesoro. Si se considera como fruto dice este autor, es adquirido por el comprador; si se considera un supuesto específico de accesión, y por tanto un aumento natural del valor de la cosa, cedería en favor del vendedor, indemnizando al comprador de los gastos por él efectuados para su obtención. Se inclina este autor finalmente por esta solución, en base a considerar que lo contrario sería oponerse a la condición resolutoria que repone a las partes en el estado en que se encontraban antes de celebrarse el contrato.

No hay que olvidar que el comprador cuya propiedad queda gravada con un derecho de lluir y quitar, es propietario de la cosa mientras aquel derecho no se ejercita, por lo que si se encontrara un tesoro mientras es propietario, le pertenecería.

## VII.- EJERCICIO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR.



## 1. SITUACION PREVIA.

### A) Comprador.

En tanto en cuanto no se ejercita el derecho de lluir y quitar, el comprador de la cosa tiene un derecho de propiedad pleno sobre ella, si bien bajo la espada de Damocles que representa el ejercicio del derecho de adquisición sobre ella, por lo que podrá disfrutar de todas las facultades que este derecho le atribuye, así como las acciones para hacerlas valer.

De entre los derechos pertenecientes al comprador aparece el de enajenar el propio derecho de propiedad, pudiendo hacerlo de forma simple o a carta de gracia, tal y como prevé el artículo 326.2 de la Compilación, denominándolo equivocadamente, como se ha visto, sobreempenyament. La venta a carta de gracia del derecho de propiedad gravado a su vez por un derecho de lluir y quitar tiene una especialidad derivada del precio que, como luego se analizará se establece de forma fija para la cosa objeto de compraventa. Así si a ésta se le ha atribuido un valor de  $\frac{2}{3}$ , en la nueva venta a carta de gracia la suma del valor de la propiedad que se vende más el del nuevo derecho de lluir y quitar no podrá superar los  $\frac{2}{3}$  que supone el precio de la primera compraventa.

El comprador, de otro lado, puede establecer las cargas o

gravámenes que desee sobre la cosa, según establece el artículo 328 de la Compilación, añadiendo además el 107.7 de la Ley Hipotecaria la posibilidad del establecimiento de hipotecas sobre: "los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca o la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta..."

Cabe señalar aquí lo mismo que se dijo para el retracto convencional, si bien de forma más resumida con el fin de evitar repeticiones:

- la hipoteca puede ser constituida por cualquiera que sea el propietario de los bienes, no necesariamente por el comprador o su causahabiente.

- la hipoteca recae sobre la propiedad de la cosa; si se ejercita el derecho de lluir y quitar, la acción del acreedor deberá concretarse a la suma que el titular del derecho deba abonar al hipotecante.

- necesidad de poner en conocimiento del titular del derecho de lluir y quitar la constitución de la hipoteca.

#### B) Vendedor.

El vendedor es el titular del derecho de lluir y quitar, y en tanto no lo ejercite, dado el contenido económico de ese derecho,

podrá enajenarlo o gravarlo.

A diferencia de lo que ocurre con el retracto convencional de cuya transmisión nada dice el Código Civil, la Compilación catalana en el artículo 326.2 señala la posibilidad de que el derecho de lluir y quitar no sólo sea enajenado sino enajenado a carta de gracia, dando lugar según la práctica notarial, que no la Compilación, al sobreempenyament.

Es asimismo transmisible mortis causa, señalando BROCA Y AMELL (35) que pasa a los sucesores testamentarios y ab intestato, aunque de ellos no se haga mención en el contrato; si se legase, el legatario adquirirá únicamente el derecho de redimir, no el de reclamar al heredero, la cantidad necesaria para ejercitarlo.

Es también hipotecable a tenor de lo establecido en el artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria.

## 2. PLAZO DE EJERCICIO

### A) Duración

El artículo 326 de la Compilación establece, al igual que lo hace el artículo 1.508 del Código Civil para el retracto convencional un plazo de caducidad máximo que en este caso es de

treinta años o el equivalente a la vida del vendedor en el supuesto de que las partes establezcan algún periodo de duración, y un plazo subsidiario de que no ha establecido nada(36).

Con ello la Compilación se separa de lo mantenido tradicionalmente en Cataluña: el plazo de ejercicio era perpetuo, modificando así lo establecido por el Derecho Romano (37).

El criterio de la imprescriptibilidad estaba sumamente arraigado entre la jurisprudencia de la antigua Audiencia de Cataluña (sentencias de 4 de Julio de 1.531, 22 de Septiembre de 1.575, 17 de Diciembre de 1.596, 14 de Noviembre de 1.620, 4 de Julio de 1.659, 8 de Mayo de 1.662), así como entre la doctrina clásica. CASALS COLLDECARRERA (38) recopila las razones en las que estos autores se basaban para mantener la imprescriptibilidad, y las reúne en las siguientes:

- el vendedor tiene constantemente la cuasiposesión del derecho de redimir que no se puede perder a menos que por prescripción de actos que abiertamente la contradigan.

- que el derecho de lluir y quitar consiste en una carta real sobre la cosa y forma parte intrínseca de la misma.

- que el comprador en caso de prescriptibilidad tendrá la cosa por un precio menor al convenido, puesto que al vender a carta de gracia se disminuye en una tercera parte el precio.

- que si no se utiliza es porque se sabe en posesión de este derecho.

Posteriormente y no obstante esta postura, el Tribunal Supremo empezó a aplicar la prescripción de los 30 años contenida en el Usatge Omnes Causae para aquellos casos en los que nada habían establecido las partes. Así sentencias de 3 de Diciembre de 1.864, 12 de Diciembre de 1.865, 15 de Enero y 30 de Diciembre de 1.867, 12 de Mayo de 1.875, 9 de Febrero de 1.878, 2 de Abril de 1.888, 30 de Enero de 1.890, 20 de Diciembre de 1.901, 8 de Marzo de 1.911, 1 de Abril de 1.912; la sentencia de 20 de Junio de 1.949 señala en este sentido que "... en Cataluña y entre catalanes es lícito a los contratantes establecer en la retroventa, las condiciones posibles y honestas que crean oportunas y entre ellas, la de señalar los plazos que les convengan, siendo posible este derecho por aplicación del Usatge Omnes Causae a los 30 años; de cuya doctrina se infiere que no es aplicable el plazo de 4 años .... del artículo 1.508, por ser contrario este precepto al derecho privativo del territorio catalán..."; la sentencia de 8 de Marzo de 1.951, por su parte, afirma que "...mientras que el derecho de lluir y quitar, ejercitado primitivamente con gran amplitud en el tiempo puede mantenerse vivo durante 30 años, según doctrina jurisprudencial que aplica a la acción de retraer la prescripción genérica establecida en el Usatge Omnes Causae...."

La Compilación finalmente, y a pesar de la postura de algunos

autores (39), ha introducido un periodo de caducidad encaminado a evitar la situación de inseguridad en que se encuentra el propietario mientras dura el derecho de lluir y quitar.

Al plazo de caducidad de 30 años establecido en el párrafo primero del artículo 326, se establecen dos excepciones, una de ellas de carácter transitorio y una especialidad:

- el artículo 326: pacto de un plazo equivalente a la vida del vendedor cualquiera que ésta sea.

- disposición transitoria quinta: en las ventas a carta de gracia establecidas antes de la vigencia de la Compilación, se respetará el plazo fijado aunque sea superior a 30 años.

La especialidad, regulada en el artículo 326, párrafo tercero, es solamente aplicable en casos de fincas rústicas ocupadas por el vendedor o sucesor; la caducidad del derecho no vendrá dada simplemente por el transcurso del tiempo pactado, sino que será necesario un requerimiento especial con fijación de un nuevo plazo no inferior a tres meses.

Se plantean en este supuesto dos problemas:

- ¿qué pasa si no hay requerimiento?

- si no existe tiempo pactado o existiendo, es el de 30 años, el requerimiento especial y por tanto el nuevo plazo

¿quedaría incluido en los 30 años? , ¿cabría establecer un plazo por ejemplo de otros 30 años, al fijar este artículo 326 el límite mínimo pero no el máximo?.

Para YSAS (40) se establece un derecho de lluir y quitar perpetuo en su caso, por cuanto que el derecho no caducará si no existe requerimiento, y podrá ser más largo de 30 años al no establecer límite máximo.

Entre la moderna jurisprudencia, las sentencias de 3 de Abril de y 8 de Octubre de 1.981 aplican estos plazos de caducidad.

B) Dies a quo

En cuanto a dies ad quo, el artículo 326 establece que el plazo fijado de los 30 años se contará a partir de la fecha del contrato, regla que igualmente hay que aplicar al plazo en su caso fijado por las partes.

A este respecto, hay que señalar la existencia antes de la Compilación de los términos a quo negativos consistentes en el establecimiento de una fecha antes de la cual no podía ejercitarse el derecho de lluir y quitar, considerado inmoral e ilícito por algunos autores (41) y válido por los antiguos tratadistas catalanes.

Hay que tener en cuenta que si bien el establecimiento del dies a quo con carácter negativo no es posible, porque tal y como

se analizó al estudiar el retracto convencional su admisión sería facilitar el modo de burlar la caducidad, los tratadistas catalanes partían de un derecho con duración indefinida, el acuerdo de no ejercitar el derecho de lluir y quitar durante un tiempo no suponía la prórroga de ningún plazo.

El plazo es civil y por tanto el cómputo de días naturales, sin incluir el día inicial e incluyendo por entero, el final (artículo 5.1 del Código Civil).

### 3. FORMA

Al igual que ocurre con el retracto convencional, nada establecen los artículos reguladores del derecho de lluir y quitar sobre la forma en la que ha de ejercitarse este derecho, a excepción de aquellos casos en los que el objeto del derecho es una finca rústica y el titular del derecho de lluir y quitar la ocupa o detenta por cualquier título. En este supuesto, el artículo 326 párrafo tercero exige un requerimiento especial, requerimiento en el que al menos deberá fijarse un nuevo plazo que en ningún caso podrá ser inferior a tres meses.

De otro lado, y como en el caso del retracto, el derecho de lluir y quitar podrá ejercitarse extrajudicialmente en aquellos casos en los que ambas partes estén de acuerdo; y judicialmente en aquellos supuestos en los que el primitivo comprador no esté



conforme con el propio ejercicio o con las condiciones de ejercicio del derecho.

4. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR O DE QUIEN SEA TITULAR DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR

A) Pago u ofrecimiento de las cantidades establecidas en el artículo 327.

El artículo 327 de la Compilación recoge aquellos importes que el titular del derecho de lluir y quitar ha de satisfacer para poder ejercitar su derecho.

Se plantea la duda de determinar si es necesaria la efectiva entrega de los importes o basta solamente con el ofrecimiento de los mismos; el artículo 327 establece que "para obtener la redención en las ventas a carta de gracia o empenyament, el redimente deberá satisfacer..." no sólo el precio de la carta de gracia sino todos los gastos contemplados en los números 2, 3 y 4 del artículo 327".

De la lectura de este artículo se deduce que el ejercicio del derecho exige que la satisfacción de todos y cada uno de los importes, sin que sea suficiente el ofrecimiento.

Tal interpretación sin embargo, plantea el problema de

aquellas cantidades que, quedando incluidas en los números 2, 3 y 4 del artículo 327 no son conocidas para el titular del derecho o , conocidas no están aun determinadas en el momento de ejercicio. En estos supuestos, PARES (42) atribuye al comprador un "ius retentionis" extensible únicamente al reintegro de las cantidades que por ser ilíquidas en el momento de ejercicio, no pueden ser satisfechas.

En el caso de que el vendedor intente satisfacer los importes derivados de todos los conceptos establecidos en el artículo 327 y el comprador se negara a cobrarlo o a determinar la cuantía de los gastos no determinados, el redimente habrá de consignar lo que conozca y la cantidad a la que aproximadamente estimen se elevan los demás gastos, debiendo además iniciar las acciones judiciales necesarias para el ejercicio de su derecho. En este sentido la sentencia de 8 de Marzo de 1.951 señala en el sexto considerando que basta con la consignación del precio y que se ofrezca a cumplir todas las condiciones y reservas dispuestas en la escritura de venta.

#### B) Importes a abonar

Los importes que necesariamente se habrán de abonar para ejercitar el derecho de lluir y quitar los recoge el artículo 327 con carácter excluyente; no cabe, al contrario de lo que ocurre con el retracto convencional, exigir otras devoluciones que las expresamente recogidas en este artículo:

### Precio y posteriores condiciones

El titular del derecho de lluir y quitar habrá de abonar al ejercitar su derecho el precio que en su día recibió en pago de la compraventa.

Se plantea el hecho de que se pacte que el precio a devolver sea superior o inferior al efectivamente entregado en la compraventa. Para PARES (43) el establecimiento de un precio superior constituye una desnaturalización de la carta de gracia, puesto que si las recíprocas prestaciones convenidas al perfeccionar el contrato principal se varían al retraer, no hay ya distractus sino un nuevo contrato.

En cuanto al acuerdo de que al ejercitar el derecho se entregue un precio inferior al recibido, BROCA Y AMELL señalan que ello será posible siempre que esa liberalidad del comprador no recaiga en aquellas personas a las que la ley prohíbe donar (44). Debiendo tener en cuenta, la posibilidad señalada por la sentencia de 3 de Abril de 1.981 en los considerandos de su segunda sentencia que al estimar injusto el precio fijado como pago de la finca en ejercicio del derecho, recurre al artículo 323 de la Compilación que previene la posibilidad de rescisión del contrato que produzca una lesión en más de la mitad del justo precio (*ultradimidium*), o en su defecto el pago del complemento del precio.

Además del precio, quien quiera ejercitar el derecho de lluir y quitar habrá de abonar aquellos aumentos de precio que se hayan producido desde entonces.

Esta posibilidad de que desde el momento de la compraventa al momento de ejercicio del derecho se produzcan aumentos de precio a diferencia de lo que ocurre con el retracto convencional, está recogida específicamente en el artículo 327.1 de la Compilación catalana. Estos aumentos de precio son los que la práctica notarial (45) denomina reempenyament, separándose de la terminología empleada por la Compilación, que utiliza esa denominación para referirse a la venta a carta de gracia del derecho de redimir (artículo 326).

Los reempenyaments son posibles, a juicio de CASALS COLLDECARRERA (46) porque en "el sistema de Derecho Civil catalán el derecho de redimir tiene un valor conocido", la diferencia entre el precio pagado por la finca y el valor real de la misma.

A diferencia de lo que ocurre en Castilla y en casi todas las provincias de España donde la finca se enajena por todo su valor, en Cataluña se enajenan por una cantidad menor que la de justa estimación (47).

Esa diferencia que concede el margen de ir aumentando el precio hasta que el total precio pagado coincida con el valor real de la finca, ha sido fijado tradicionalmente en un tercio del valor real, siguiendo el criterio de que el derecho de lluir

y quitar deberá valorarse en la tercera parte del justo precio de la cosa (48); en la actualidad, sin embargo, no se observa esa regla, puesto que el precio se fija no en atención al valor de la cosa, sino atendiendo al lucro o al tanto por ciento que se desea obtener por el capital desembolsado (49), siendo la norma general que las ventas a carta de gracia se otorguen desde la mitad de su justo precio hasta el total de su valor (50). La sentencia de 8 de Marzo de 1.951 habla de una diferencia de hasta dos tercios del valor de lo vendido.

#### Gastos extraordinarios de conservación o refacción

Son las mejoras útiles y las servidumbres adquiridas en beneficio de la cosa vendida si se trata de una finca.

A diferencia de lo que ocurre en el artículo 1.518 del Código Civil que se refiere a la necesidad de satisfacer los gastos necesarios y útiles, el artículo 327 de la Compilación especifica la clase de gastos necesarios que hay que abonar coincidiendo con la interpretación que del artículo 1.518 ha dado la doctrina.

El que ejercita el derecho de lluir y quitar no debe abonar aquellos gastos realizados por el propietario con el fin de hacer las reparaciones que exigen los desperfectos producidos por el propio uso de las cosas, sino solamente los extraordinarios los que van más allá de la simple conservación, y las mejoras útiles.

En el supuesto de que estos gastos extraordinarios o mejoras sean de una cuantía excesivamente elevada, BROCA Y AMELL (51) consideran que el comprador podrá separar la mejora producida, salvo que el vendedor le ofreciera su completa indemnización.

Este número 2 del artículo 327 introduce otra modificación con respecto al artículo 1.518 del Código Civil al incluir entre los conceptos a abonar, las servidumbres adquiridas en beneficio de la cosa vendida si se trata de una finca, lo que resulta coherente con la naturaleza de este derecho de lluir y quitar; la servidumbre es adquirida por la persona sólo en tanto en cuanto es titular de la cosa beneficiada por ella. No obstante, y con el fin de evitar enriquecimientos injustos, el "redimente" habrá de abonar los gastos que la obtención de esa servidumbre hubiera ocasionado al propietario.

#### Los gastos de cultivo

Se trata de aquellos frutos pendientes al tiempo de la redención, a menos que el redientne autorice al comprador o sucesor a recogerlos a su tiempo.

Como se analizó al estudiar el capítulo de los frutos en el retracto convencional, el artículo 1.519 regula dos supuestos:

Primero: que haya frutos al tiempo de la compraventa y al

tiempo de ejercicio del retracto convencional.

Segundo: que no los haya en el momento de la compraventa y sí en el de ejercicio del retracto convencional.

No contemplando un tercer supuesto consistente en que haya frutos en el momento de la compraventa y no en el de ejercicio del retracto convencional.

El artículo 327 de la Compilación hace referencia exclusivamente a la existencia de frutos en el momento de la redención con independencia de que los hubiera en el momento de la compraventa o no, y concede dos opciones:

- la entrega de los gastos de cultivo relativos a los frutos pendientes al tiempo de la redención;
- la recogida de los frutos por parte del comprador, debiendo contar para ello con la autorización del que ejercita el derecho de lluir y quitar.

Hay que hacer notar que este artículo 327 exige los gastos de los frutos pendientes al tiempo de ejercicio del derecho, con independencia de que los hubiera o no en el momento de la compraventa, y diferenciándose de lo establecido en el artículo 1.519 del Código Civil que exige, no la entrega de los gastos realizados, sino el prorrateo de los frutos existentes. Este precepto que en principio evita los problemas que se apuntaban al

analizar el artículo 1.519 del Código Civil, puede resultar absolutamente beneficioso para el redimente si ejercita su derecho cuando la recogida de los frutos está cercana, por cuanto que por poco dinero, el de los gastos, y poco riesgo, puede obtener importantes ganancias. Tal beneficio se ve incrementado por el hecho de que se deja a su voluntad la opción entre ésta posibilidad y la de autorizar al "comprador o sucesor para recogerlos a su tiempo". De optar por esta última solución, si bien se plantearían algunos problemas como determinar si el comprador debiera permanecer o no en la finca, cómo realizar la recolección.... se obtendría una situación más justa al ser la persona que realizó los gastos quien se beneficiaría o perdería con lo conseguido en el año agrícola.

Los gastos que hubiere ocasionado el contrato de venta a carta de gracia, incluidos impuestos y laudemio así se hubiera pactado.

Coincide en este punto la primera parte del artículo 327 de la Compilación con lo establecido en el número 1 del artículo 1.518 del Código Civil. La diferencia la provoca el artículo regulador de los gastos a pagar por comprador y vendedor en un contrato de compraventa.

En tanto que el artículo 1.455 del Código Civil establece que al comprador le corresponden los gastos de primera copia, los demás posteriores a la venta, y los de transporte o traslación, y al vendedor los gastos de otorgamiento de escritura y los



necesarios para la entrega de la cosa vendida; el artículo 277.2 de la Compilación reduce los gastos a cargo del vendedor a los necesarios para la entrega de la cosa vendida: "Los gastos de entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor. Los de otorgamiento de la escritura pública, expedición de primera copia y demás posteriores a la venta, serán de cargo del comprador."

No obstante y dado que tanto uno como otro artículo admiten el pacto en contrario, quien ejercite el derecho de lluir y quitar deberá abonar todos aquellos gastos que, derivados del contrato de venta a carta de gracia, haya asumido el comprador, ya sean los legales, ya sean los pactados.

El punto 4 del artículo 327 añade un concepto al que no hace alusión el Código Civil: el laudemio.

Cuando la finca objeto de la venta a carta de gracia está gravada con una enfiteusis, el dueño directo tiene derecho a cobrar el laudemio cuando aquella se transmita; laudemio que habrá de ser abonado por el adquirente o por el enajenante si la finca se encuentra en el antiguo territorio enfiteúutico de Barcelona (artículo 308).

El laudemio, dice el artículo 307, se devengará, la mitad en la venta y la otra mitad en la retroventa o al quedar firme aquella. No obstante caben todo tipo de pactos, por lo que las situaciones que se produzcan pueden ser muy variadas: así si el laudemio es abonado en su totalidad por el enajenante al

ejercitar el derecho de lluir y quitar no habrá de abonarse ninguna otra cantidad; si es abonada por el enajenante en una mitad, al producirse el ejercicio de su derecho, habrá de abonar la otra mitad al dueño directo; si se abona por el adquirente, y se pacta su reintegro, quien ejercite el derecho de lluir y quitar habrá de abonar al comprador lo ya pagado y al dueño directo lo que restara por pagar.

##### 5. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO DE LA COSA GRAVADA CON EL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR.

El artículo 328.1 de la Compilación, en términos similares al 1.520, establece que el comprador o sucesor deberá entregar la cosa vendida libre de cargas o gravámenes que le hubieran impuesto desde la fecha de la venta.

Tradicionalmente, la doctrina catalana, al igual que ocurre con respecto al retracto convencional ha interpretado el artículo 328, considerando resoluble el derecho de propiedad del comprador.

Sin embargo, BROCA y AMELL entiende que esas cargas o gravámenes no se extinguirán en todo caso de ejercicio del derecho de lluir y quitar, sino solamente en aquellas que por constar la existencia de este derecho en el Registro, el tercero contratante con el comprador conozca la situación jurídica de la

finca. En estos casos, no podrá ser considerado, ni en consecuencia protegido como tercero hipotecario y su derecho se extinguirá. Si por el contrario, en el Registro de la Propiedad no constara la existencia del derecho de lluir y quitar, y el comprador o sus sucesores establecieran cargas sobre su propiedad, éstas no se extinguirían con el ejercicio del derecho de lluir y quitar (52).

A diferencia de lo establecido en el artículo 1.520 respecto al retracto convencional excepcionando de la regla general de extinción automática de las cargas y gravámenes, los arrendamientos que el comprador haya realizado de buena fe y según costumbre del lugar, nada dice la Compilación sobre los mismos, no obstante lo cual se entiende aplicable la misma regla.

Así BROCA y AMELL (53) afirma que el redimente deberá respetar los arriendos hechos por el comprador si los hizo con el consentimiento, aunque sea tácito del vendedor; para DURAN Y BAS (54) la razón de su admisibilidad no es legal sino de equidad: el propietario de la finca podría verse perjudicado si los posibles arrendatarios a largo plazo no arrendaran por miedo a que por el ejercicio del derecho de lluir y quitar se resolviera su contrato.

PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS (55) consideran que al no hallarse contemplado en la Compilación, nada impide aplicar el artículo 1.520 del Código civil, ya que además esta norma no hace más que

coincidir con la doctrina histórica catalana. A pesar de ello, consideran que la regla del artículo 1.520 tiene dos excepciones:

- los arrendamientos rústicos a los que se aplique el artículo 13 de la ley de Arrendamientos Rústicos (extinción del arrendamiento otorgado por usufructuarios, superficiarios y enfiteutas que tengan un derecho aproximadamente igual de goce cuando se extingue el derecho del arrendador): el arrendamiento no permanece durante todo el tiempo pactado (artículo 1.520 del Código Civil) sino sólo durante el correspondiente año agrícola (artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos).

- arrendamientos a los que sea de aplicación la regla 12 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: resolución del contrato de arrendamiento cuando al extinguirse el usufructo, -y análogamente para estos autores al ejercitarse el derecho de lluir y quitar- el propietario pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento fueran notoriamente gravosas para la propiedad. GARCIA CANTERO (56) discrepa de esta excepción por "lo tajante y reiterado de la jurisprudencia sobre el carácter exhaustivo sobre las causas de resolución que permiten su aplicación analógica".

\*

\*

\*

Este artículo 328 establece por último y con carácter expreso que "el precio de la redención estará afecto hasta donde alcance, al abono de tales cargas y gravámenes". Con ello, la Compilación regula para todas las cargas y gravámenes que se establezcan lo que el artículo 107.7 de la Ley Hipotecaria regula para la hipoteca: una subrogación real del acreedor en el precio de la redención, análoga a la de las indemnizaciones por seguro o expropiación de la cosa hipotecada (57).

## SEGUNDA PARTE: EL RETRACTO CONVENCIONAL Y EL VOLUNTARIO EN LA COMPILACION DE NAVARRA.

---

### 1.- EN GENERAL

Especial importancia tiene la Compilación de Derecho Civil de Navarra de 1 de Marzo de 1.973, posteriormente modificada por la Ley Foral de 1 de Abril de 1.987, en la configuración de una categoría específica dentro de los derechos reales, los de adquisición, por tratarse del único texto legal, junto la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1.973 que hace referencia a la opción, tanteo y retracto como derechos reales de adquisición.

En este sentido GARCIA CANTERO (58) señala que "debe destacarse la nueva normativa de los derechos reales de adquisición en el Derecho Navarro por su mayor precisión dogmática y perfección técnica a la hora de su generalización y encuadre dentro de la teoría general de los derechos reales, hasta el punto de que algunas de sus normas podrán servir de pautas interpretativas para el Derecho común"; para GARCIA AMIGO la reciente Compilación o Fuero Nuevo de Navarra consagra definitivamente nuestra figura con alcance legislativo (59).

La ley 445 de la Compilación define los derechos reales de adquisición como aquellos que limitan el poder de disposición del dueño de la cosa y facultan a su titular para adquirirla con preferencia a terceros en caso de transmisión onerosa, incluyendo entre ellos, la ley 460, la opción, el tanteo y el retracto voluntario.

A diferencia de lo que ocurre con el Código Civil donde sólo se contempla además del retracto convencional, el tanteo y retracto legales, la Compilación o Fuero Nuevo sistematiza todas las posibles variantes a encontrar dentro de los derechos reales. Contempla el tanteo y el retracto legales desde un punto de vista general y desde el punto de vista de las especialidades a que han ido dando lugar, así el retracto gracioso (ley 451), retracto gentilicio, familiar o de sangre (leyes 452 a 459 ambos inclusive); contempla asimismo el tanteo y el retracto voluntarios, instituciones olvidadas en el Derecho Civil común

por la confusión tradicionalmente mantenida entre retracto convencional y el paralelo voluntario del retracto legal. Y contempla finalmente la opción; el Fuero Nuevo da una detallada regulación de esta institución sólo recogida en el ámbito del Derecho Civil común a efectos registrales en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Unicamente cabe imputar un olvido al legislador -"ha escapado a su atención" dice GARCIA AMIGO (60)- y es el no haber recogido la opción legal.

En cuanto al retracto convencional, el Fuero Nuevo no lo incluye entre los derechos reales de adquisición sino en el título XIV destinado a la regulación de la compraventa, como un tipo específico de ésta (la venta a retro) y en el título VII como garantía real en aquellos casos en los que la compraventa con pacto de retro tiene como fin último asegurar al acreedor el cobro de su crédito.

La regulación de la Compilación se diferencia una vez más de la del Código Civil; no incluye al retracto convencional entre los derechos reales de adquisición, pero tampoco entre las causas de resolución de la compraventa, es un tipo especial de compraventa que en función de la finalidad perseguida por las partes contratantes puede constituir incluso un tipo de garantía.

Una vez planteada cuál es la regulación que del retracto convencional y del retracto voluntario hace la Compilación, se hace preciso para el estudio de los mismos, un análisis

individualizado de cada uno de ellos, así como del derecho de opción.

## II.- DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL

### 1. CONCEPTO Y CLASES

El Fuero Nuevo dedica seis leyes a la regulación de los derechos reales de adquisición con carácter general, con una precisión dogmática y perfección técnica que a juicio de GARCIA CANTERO (61) "sus normas podrían servir de pautas interpretativas para el Derecho comun".

Define los derechos de adquisición como aquellos que limitan el poder de disposición del dueño de la cosa y facultan a su titular para adquirirla con preferencia a terceros en caso de transmisión onerosa, incluyendo de forma expresa entre los mismos al tanteo y al retracto legales; no obstante no limita a esos derechos la categoría de derechos reales de adquisición, y así habla de "los demás derechos reales de adquisición", calificando como tales, la ley 446, al tanteo, retracto y opción convencionales. Tal expresión de "los demás derechos de



adquisición" es entendida por SALINAS QUIJADA (62) como una diversificación entre derechos reales de adquisición y tanteo/retracto que son facultades reales o de carácter real.

Además de definirlos, el Fuero Nuevo los clasifica en legales y convencionales en función de la fuente creadora.

Entre los legales y sin ofrecer un concepto de los mismos, incluye, al tanteo y al retracto, olvidando -como ya se ha señalado- el derecho de opción. La ley 445 establece una regla general con la que la mayoría de los autores está de acuerdo (63): tanteo y retracto son sólo dos fases de un mismo derecho y por tanto no deben concederse de forma acumulativa, sino subsidiaria; siempre que existe un tanteo, existe un retracto, pero sólo el no ejercicio del primero por causas imputables al propietario justifica la existencia del segundo.

El Fuero de Navarra va, como luego se verá, más allá, al establecer esta misma regla para el supuesto de tanteo voluntario. La creación negocial de un derecho de tanteo implica la existencia de un derecho de retracto que sólo podrá ser ejercitado si no se ha notificado la transmisión, o si ésta se ha realizado en condiciones distintas a las comunicadas (64).

En el capítulo I de este título regulador de los derechos de adquisición, se establecen una serie de reglas que, por su carácter general son de aplicación tanto a los legales como a los voluntarios, de ahí que con el fin de evitar repeticiones, y dado

el objeto de la tesis, se analicen al estudiar el retracto voluntario.

### 3. TIPOS

El Fuero Nuevo regula ocho tipos de retractos legales, y hace referencia a dos más:

- el retracto gracioso, cuyos orígenes se remontan a la ley 22 de las Cortes de 1.590, es el derecho en virtud del cual el deudor puede, pagando al acreedor, recuperar lo que éste se había apropiado para el pago de las deudas.

La Compilación sólo le dedica una ley, la 451, en la que regula su plazo (9 días), y requisitos de ejercicio (pago del precio y gastos de legítimo abono), otorgándole otra ley, la 446 preferencia frente a cualquier otro en caso de concurrencia con otros derechos reales de adquisición.

- el retracto gentilicio, derecho a través del cual los parientes dentro del cuarto grado, tienen derecho de adquirir con preferencia los bienes de carácter familiar vendidos a un tercero, siempre y cuando los bienes estén sitos en Navarra, y las personas tengan la condición foral de navarros.

Recibe este derecho por parte de la Compilación una regulación más exhaustiva en las leyes 452 a 459 ambos inclusive, regulando lo referente a los sujetos, el objeto y el plazo. La ley 446 lo incluye entre los preferentes, si bien en último lugar en caso de concurrencia.

- retracto de vecindad forana: es el derecho regulado por las leyes 392 y 446 y otorgado en favor de los pueblos cuyos terrenos comunales están gravados con vecindades foranas, al enajenarse éstas.

- retracto de corralizas: regulado por las leyes 383 y 446, es el derecho otorgado en favor de los copartícipes de una corraliza (entendiendo ésta como derecho de aprovechamiento parcial de una finca, o bien como comunidad indivisible constituida por la concurrencia de varios titulares con atribución de aprovechamientos especiales de pastos, hierbas....) de adquirir con preferencia a cualquier otro en caso de transmisión del derecho en la corraliza de otro partícipe.

- retracto de helechales: regulado por las leyes 390 y 446, coincide con el retracto de corralizas, si bien referido a los partícipes, en su caso, del derecho de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho en los montes comunales.

- retracto de coherederos (ley 329).

- retracto enfiteúutico (leyes 444 y 446).
- retracto de colindantes (ley 446).
- retracto arrendaticio (ley 446).

Además de los retractos legales reconocidos por la Compilación, existe un retracto en favor del gobierno de Navarra, regulado en el artículo 17.3 de la Ley Foral 8/85 de 30 de Abril.

### III.- DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN NEGOCIAL

#### 1. EN GENERAL

El Fuero de Navarra incluye la opción, el tanteo y el retracto voluntarios entre los derechos de adquisición preferente, apuntando la posibilidad de que sean creados con carácter real o con carácter personal, remitiéndose para este último caso a las disposiciones del título IX: "De las estipulaciones".

Como ocurre en el caso de los legales, la Compilación no ofrece una definición de los mismos sino que se limita a, en base a un concepto presupuesto, regular alguna de sus características.

## 2. DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO VOLUNTARIO

Como ocurre con el retracto y el tanteo legales, la ley 462 establece que el derecho de tanteo implica también el de retracto pero con carácter subsidiario, es decir, el retracto sólo podrá ejercitarse en aquellos casos en los que la transmisión no se notifique o se realice en condiciones distintas a las notificadas.

Si bien con carácter específico sólo se refiere a estos derechos la ley 462, la Compilación los regula en las leyes 446 a 450, al referirse a los derechos de adquisición preferente, y en la ley 460 al tratar de los derechos de adquisición de origen voluntario.

### A) Constitución

Establece la ley 460 las siguientes clasificaciones sobre la forma de constitución:

- por actos inter vivos o mortis causa.

- a título lucrativo u oneroso.

- por constitución directa mediante enajenación o concesión, o por reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad.

#### B) Objeto

Puede ser objeto cualquier tipo de bien, siempre y cuando sea susceptible de identificación; así se refiere a los inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales, acciones de sociedades, participaciones o cuotas sociales, derechos de propiedad industrial o intelectual.

#### C) Requisitos formales

Son los que en cada caso establezca la ley; son inscribibles en el Registro que corresponda en razón de su objeto.

#### D) Transmisión

Puede realizarse por actos inter vivos o mortis causa.

#### E) Plazo

Con carácter específico y diferenciándolo de la opción y de los derechos de adquisición legales, la ley 462 establece que podrá ser determinado o indefinido. En uno u otro caso, si no se dispone otra cosa sólo podrán ser ejercitados con ocasión de la primera transmisión en los 30 días siguientes al siguiente de la notificación o conocimiento de la enajenación, salvo disposición en contrario; plazo que, a juicio de SALINAS QUIJADA (65) se establece por similitud del plazo determinado para el retracto gentilicio.

#### F) Ejercicio

El ejercicio del tanteo y el retracto está regulado, tanto para los legales como para los voluntarios, en las leyes 448, 449 y 450, refiriéndose en todas las ocasiones al retracto. Este hecho podría llevar a pensar que al presuponer siempre el derecho de retracto, el derecho de tanteo, la referencia a uno, implica una referencia a los dos; no obstante, y como posible excepción, la ley 447, regulando la renuncia hace referencia explícita a tanteo y retracto lo que provoca ciertas dudas en la afirmación anterior.

Las reglas generales son:

- las enajenaciones sometidas a condición o término suspensivo sólo pueden ejercitarse desde el cumplimiento de la condición o vencimiento del término, lo cual es lógico por cuanto sólo a partir de ese momento la compraventa surte efectos.

- las enajenaciones realizadas a través de subasta judicial o extrajudicial dan lugar al ejercicio de estos derechos.

- si bien la ley 447 se refiere exclusivamente a la renuncia del derecho de tanteo y retracto legales, cabe la renuncia de estos derechos cuando habiéndose acordado expresamente el ejercicio del derecho con ocasión de más de una transmisión (si no es así, la ley 462 establece que sólo se podrán ejercitar con ocasión de la primera) se formulan respecto a una determinada enajenación, aun cuando se verifique con anterioridad a ésta. Validez que es admitida a juicio de SALINAS QUIJADA para dar seguridad al tráfico jurídico y evitar los efectos desastrosos del retracto (66).

- al ejercitar el retracto, el retrayente deberá consignar el precio de enajenación o si no es conocido ofrecer su consignación para cuando lo sea, y pagar los gastos de legítimo abono.

Con ello el Fuero Nuevo da distinto tratamiento al precio de la venta, para el que -a diferencia del Código Civil- sólo exige la consignación en caso de ser conocido, y los gastos de legítimo abono, para los que, sin detallar cuáles son, exige el pago.

- la impugnación del precio supone la suspensión del plazo



de ejercicio del retracto; debiendo el retrayente desembolsar el precio de la venta a tenor de lo establecido en la ley 450, es lógico paralizar el plazo de ejercicio hasta que exista sentencia firme que decida la cuantía del precio en cuestión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1.986 declara que lo único que sanciona la ley 449 del Fuero Nuevo, es la posibilidad de impugnar el precio fijado en la compraventa a quien está legitimado para el ejercicio de la acción de retracto, pero no establece otros requisitos para que la acción prospere.

- en cuanto a los frutos existentes en el momento de ejercicio del retracto, al igual que en el supuesto del retracto convencional (ley 582), se aplican los criterios de las leyes 353 y 354 cuyo análisis se realiza al estudiar el retracto convencional y al que hay que remitirse para evitar repeticiones innecesarias.

### 3. DERECHO DE OPCION

Al derecho de opción, dentro del capítulo dedicado a los derechos reales de adquisición de origen voluntario, se refiere de forma específica la ley 461.

El carácter de derecho real de la opción voluntaria, lo

recoge la ley 460 del Fuero, quien también admite la posibilidad de que se constituya con carácter personal y lo confirma la ley 461 al señalar su carácter de reipersecutoriedad: la opción subsistirá hasta el vencimiento del plazo, aunque el dueño de la cosa realice actos de disposición.

Como se dijo al analizar el tanteo y el retracto voluntario, la Compilación parte de un concepto que presupone es conocido, para después señalar algunos caracteres de cada uno de los derechos.

Con respecto a la opción es necesario señalar que además de que la mayor parte de las reglas establecidas para los derechos de adquisición en general se refieren exclusivamente al retracto, su propia configuración de derecho en función del cual el titular puede adquirir cuando lo desee y en el precio pactado el objeto gravado, impide la aplicación de tales reglas.

Sí es aplicable sin embargo el último párrafo de la ley 450 referente a los frutos, siempre y cuando entre las partes no se hubiera pactado otra cosa.

También es aplicable lo establecido por la ley 460 en cuanto a constitución, objeto, eficacia e inscribibilidad en el Registro.

Aspectos diferenciadores de los demás derechos de adquisición que la Compilación contempla expresamente son la duración y el precio.

#### .Duración

A diferencia de tanteo y retracto, el derecho de opción debe tener una duración determinada, no cabe su creación con carácter indefinido, quizás debido a la mayor gravosidad de este derecho que permite a su titular ejercitarlo con independencia de la voluntad del propietario.

El plazo máximo de duración es de 10 años, salvo que quiera inscribirse en el Registro de la Propiedad en cuyo caso, es de 4 años. Este plazo que en principio presenta identidad con lo establecido por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario no lo es tal, por cuanto puede ser prorrogable por otro periodo igual. Otra diferencia que le separa de lo regulado por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario es que en caso de haberse constituido como anejo a otro derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, su duración no sólo alcanzará la totalidad del plazo de éstos, como señala el citado artículo 14, sino también sus prórrogas voluntarias, ya sean expresas o tácitas (así se expresa la sentencia de la Audiencia Territorial de 15 de Febrero de 1.980).

#### .Precio

El precio a abonar por el que ejercita el derecho de opción no podrá venir determinado obviamente por lo ofrecido o abonado por terceras personas como ocurre con el tanteo y el retracto,

sino que será el fijado por las partes en el momento de su creación, o el que resulte según el procedimiento establecido por ellos para su determinación. En este sentido la Compilación permite el establecimiento de cláusulas de estabilización que impiden un enriquecimiento injusto del que ejercita el derecho de opción a un precio determinado en base a unos criterios que, dado el plazo de duración de la opción, han podido cambiar.

\*

\*

\*

Fuera de lo establecido en el título VI relativo a los derechos reales de adquisición, la Compilación se refiere una vez más al derecho de opción con carácter real en la ley 517. Esta ley tiene además una enorme importancia por cuanto en la misma aparecen como fuente de creación de la opción voluntaria la promesa de opción de compra, el precontrato.

Determina el primer párrafo de la ley 516 los efectos de una promesa de contrato futuro: obliga a quien lo hace, exigiendo para ello que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete; y lo hace sin limitarse a la compraventa, sino refiriéndose a todo tipo de contratos.

Del análisis de las leyes 515, 516 y 517, parece deducirse que la Compilación caracteriza las promesas de contrato, en lugar de como contratos definitivos tal y como definía DE CASTRO

(67) como promesas a través de las cuales las partes adquieren la obligación de contratar.

En este sentido, hablan de prometer la aceptación de un contrato futuro, convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, obligación de contratar que resulta de estas promesas, expresiones todas ellas en la línea de MORO LEDESMA (es un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte, integrarán los elementos del contrato principal que se proyecta (68) ).

Entre estas promesas de contrato, la ley 517 distingue la promesa de opción de compra, remitiéndose a la regulación del derecho de opción como derecho real de adquisición (leyes 460 y 461) si produce efectos reales; admite en consecuencia que el precontrato de compraventa puede ser fuente de un derecho de opción con efectos reales a incluir entre los de adquisición.

#### IV.- DERECHO DERIVADO DE LA VENTA A RETRO

##### 1. EN GENERAL

La Compilación de Derecho de Navarra es señalada por los autores (69) como texto legal que ofrece una regulación ad hoc de los derechos reales de adquisición negociales.

Sin embargo, el legislador no incluyó entre los mismos el retracto convencional al que ni siquiera atribuye una denominación específica.

En el título VI se recoge la categoría de los derechos reales de adquisición, incluyéndose entre ellos el derecho de retracto, derecho de retracto del que si bien la Compilación no nos ofrece ninguna definición, coincide con el llamado retracto legal de los artículos 1.521 y siguientes del Código Civil. Pero la Compilación no sólo recoge el retracto legal, sino que apunta y regula la existencia del, olvidado por el Código Civil, retracto voluntario. No menciona por el contrario el retracto convencional. Las leyes 576 a 584 regulan la llamada venta a retro y el derecho de retracto que de ellas se deriva, sin que en ningún momento se refieran a el con otro nombre que el de derecho de retracto o de retraer.

En este sentido, SALINAS QUIJADA (70) habla de retracto convencional tanto para referirse al retracto entendido como derecho real de adquisición de origen voluntario, como al retracto derivado de la carta de gracia, si bien a su juicio, la similitud que guardan es sólo aparente (71); explica que "el retracto convencional debe tratarse como derecho real.... y

naturalmente en este aspecto se trata de un derecho de adquisición preferente" y además "de examinarse como modalidad específica de la venta a retro o a carta de gracia, dentro de las obligaciones" donde el retracto convencional no tiene otra trascendencia que la condición de la retroacción ligada a la transmisión de la propiedad (72).

Si se analiza el concepto de cada uno de ellos, no se encuentra identidad alguna que conduzca a pensar que uno y otro son el mismo derecho, sin que ni siquiera la Compilación aporte fundamento para ello, tanto más al contrario, por cuanto lo regula en títulos distintos.

\*

\*

\*

Dedica la Compilación el capítulo II del título XIV ( de la compraventa y de la permuta) a la venta a retro o carta de gracia, definiéndola como aquella en que el vendedor se reserva el derecho real de recuperar la cosa vendida mediante el reintegro del precio recibido, los gastos de legítimo abono y las impensas necesarias y útiles.

Es importante señalar que la Compilación separa el contrato de compraventa con pacto de retro del derecho a que da lugar y al

que además caracteriza de un modo expreso como derecho real, carácter que en la ley 579 reitera al señalar que podrá ejercitarse contra el comprador y contra todos aquellos que de él traigan causa.

La regulación de este derecho al que denomina también derecho de retracto, se separa bastante, como se va a analizar, de la que se establece en el Código Civil.

## 2. SUJETO ACTIVO

Es la persona que vende una cosa de su patrimonio reservándose el derecho a recuperarla en determinadas condiciones, o bien aquella persona que por cualquier título se subroga en lugar de ésta.

### A) Capacidad

Teniendo en cuenta el concepto y finalidad de la venta con pacto de retro, hay que considerar que quien es vendedor en una compraventa de este tipo, debe tener capacidad para vender, para gravar la cosa, y para después, adquirirla.

Aplicando la normativa que la Compilación de Derecho de



Navarra establece con carácter general sobre la capacidad de las personas, cabe apuntar los siguientes supuestos:

Primero: Capacidad de Obrar plena. Podrán ser vendedores y sujetos del derecho de retracto los mayores de 21 años (ley 50) no incapacitados, y quienes sin tener la plena capacidad de obrar pueden dentro del ámbito de capacidad permitido, disponer y gravar sus bienes (esto último por aplicación de la ley 62 que, en caso de incapacidad se remite al Código Civil).

En el supuesto de que siendo capaz sea casado y los bienes objeto de la venta tengan la consideración de dote o arras, el marido sólo podrá disponer con el consentimiento de su mujer (ley 121.5: sólo puede disponer libremente si, entre otros requisitos, adquiere la propiedad de la dote, cosa que sólo ocurre si es dinero o cosas consumibles, lo que no puede ser objeto de la venta a retro). La mujer podrá disponer con el consentimiento de su marido.

Si los bienes son de conquista, el marido requerirá el consentimiento de la mujer para enajenar o gravar bienes conquistados, inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles, o sus elementos esenciales (ley 86).

Segundo: Capacidad de obrar complementada. El menor de edad emancipado o casado, requerirá el consentimiento del padre o en su defecto, el de la madre, o en su caso, de los parientes

mayores o del tutor, para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o sus elementos esenciales (ley 68).

Tercero: Falta de capacidad de obrar. En caso de los menores emancipados, el padre que es quien ostenta y ejercita la patria potestad, o en su defecto la madre, actuará en su nombre y representación, pero requerirá autorización judicial con audiencia del Ministerio fiscal, cuando la enajenación o gravamen sea de bienes inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales (ley 64).

Si hubiera contraposición de intereses entre el padre, o en su caso, la madre y los hijos, intervendrá el defensor judicial nombrado (ley 65).

#### B) Supuesto habitual

El supuesto habitual es, como ocurre en el Código Civil y la Compilación catalana, aquel en el que la persona que vende la cosa y es titular del derecho de retracto, ejercita éste y la recupera finalmente, si bien dado el carácter de transmisibilidad del retracto reconocido en la ley 579, salvo que se haya establecido como personalmente, ello no es absolutamente necesario.

### C) Imposibilidad de ejercicio por parte de los acreedores

La ley 581 de la Compilación, a diferencia de lo establecido por el artículo 1.512 del Código Civil, excluye la posibilidad de que los acreedores del vendedor hagan uso del retracto convencional contra el comprador subrogándose en el lugar de aquel, y les exige que procedan judicialmente para cobrar sus créditos con cargo a aquel derecho.

Tal prohibición consigue, a juicio de SALINAS QUIJADA una solución más justa por las situaciones de enriquecimiento injusto que podían suscitarse del ejercicio por el acreedor del vendedor de un retracto en el que el precio hubiera sido inferior al valor de lo vendido (73).

### D) Pluralidad de sujetos

En principio coincide con el artículo 1.517 del Código Civil al señalar que en caso de que existan varios retrayentes, al comprador no se le podrá exigir el retracto parcial de la cosa; no obstante, añade -separándose de la regulación del Código Civil-, que cualquiera de ellos puede ejercitarlo por la totalidad y no sólo por la parte que le corresponda, postura que defiende GARCIA CANTERO (74) al entender que cualquiera de los condóminos puede ejercitar acciones que redunden en provecho de los demás, siempre y cuando, añade, ninguno de los corretrayentes se oponga formalmente al ejercicio. No establece esta limitación

la Compilación de Derecho navarro para la que, en cualquier caso los cotitulares podrán retraer solidariamente.

Ejercitado el derecho por uno de los corretrayentes, el resto podrá reclamarle la parte que les corresponda abonando la parte del precio respectiva, los gastos y los intereses. Aparecería aquí un primer problema, el de fijar el tipo de interés a aplicar al importe del dinero adelantado para ejercitar el retracto.

La ley 580 establece para el ejercicio de su derecho por parte de los demás titulares, un plazo de 30 días a partir de la notificación, notificación sobre la que nada más regula y que en principio parece tratarse de la comunicación dirigida al retraído ejercitando el retracto. Si el retracto fuera de duración indefinida, el plazo de 30 días concedido, aumenta hasta año y día.

#### E) Usufructuario

En el supuesto de usufructo universal en el que existe un derecho de retracto, éste podrá ser ejercitado tanto por el nudo propietario, como por el usufructuario, extendiéndose el usufructo a los bienes retraídos; en los demás casos de usufructo, el retracto podrá ser ejercitado sólo por el nudo propietario y no se extenderá a los bienes retraídos (ley 419).

### 3. SUJETO PASIVO ESPECIAL

Es la persona cuya propiedad aparece gravada con el derecho de retracto, aquella persona obligada a vender en unas determinadas condiciones, pactadas de antemano, cuando el retrayente lo requiera para ello, y que no tiene por qué coincidir con el primitivo comprador (ley 579: se podrá ejercitar contra el comprador y contra todos aquellos que de él traigan causa).

#### A) Capacidad

Debe tener capacidad para adquirir el objeto del retracto, por cuanto que lo normal es que sea quien compró la cosa en la primitiva compraventa y además, habrá de tener capacidad para enajenarla cuando se ejercite el retracto. Su capacidad, por tanto coincidirá básicamente si bien en sentido inverso, con la exigida al sujeto activo. No obstante el padre, o en su caso la madre que actúa en nombre y representación de un incapacitado requerirá previa autorización judicial para adquirir la cosa pero no para enajenarla cuando se ejercite el retracto (ley 64: no será necesario autorización judicial... para la retroventa por el ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario).

Si la cosa llega a sus hijos por disposición a título lucrativo, el padre o la madre, en su caso, tampoco requerirá

autorización previa (ley 64, 2º párrafo).

B) Supuesto habitual

Será aquel en el que la persona del retraído obligada a enajenar la cosa en favor de quien ejercite el retracto, coincide con quien la adquirió en la primitiva compraventa.

Históricamente en caso de que el comprador transmitiera a otro, el primer vendedor o sus derechohabientes podían retraer la tierra dentro del término de la carta de gracia del segundo comprador o poseedor (artículo IX de les Fors et Costumas), sin necesidad de demandar a los anteriores compradores.

C) Pluralidad de sujetos

Coincide el segundo párrafo de la ley 580 con lo establecido en el Código Civil al señalar que en caso de pluralidad de propietarios de la cosa o retraídos, podrá ejercitarse el retracto contra cada uno de ellos, por su parte.

4. OBJETO

Nada dice la Compilación al regular la venta a retro sobre el objeto de ésta, por lo que se habrá de recurrir a lo establecido en el Código Civil, y a las características analizadas para la

compraventa con pacto de retro sometidas a este cuerpo legal: "res in commercio", de propiedad privada, no consumible, generalmente no fungible y tanto mueble como inmueble (75).

Teniendo en cuenta la configuración de derecho de opción especial que se mantiene para el retracto convencional, cabría además aplicarle lo establecido para ese derecho por el artículo 460: puede recaer sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales, acciones de sociedades, participaciones o cuotas sociales, derechos de propiedad industrial o intelectual y cualesquiera otros bienes muebles susceptibles de identificación.

## 5. EJERCICIO

### A) Situación previa al ejercicio

En tanto en cuanto el retrayente no ejercita su derecho, el comprador o persona que haya ocupado su lugar es propietario del bien objeto de retracto, pudiendo ejercitar todas las facultades que ello supone, y entre éstas, incluso la de enajenar el bien.

Así lo reconoce la ley 579.2 al señalar que el retracto se podrá ejercitar no sólo contra el comprador, sino contra todos aquellos que de él traigan causa.

De forma paralela, el retrayente, antes de ejercitar su derecho puede y así lo establece la ley 579 en su primer párrafo, transmitirlo por actos inter vivos o mortis causa, a no ser que se hubiera creado como personalísimo.

La misma ley establece de forma expresa y original (ni la Compilación catalana ni el Código Civil lo hacen, habría que remitirse al artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria) al carácter hipotecable del derecho de retracto.

#### B) Plazo de ejercicio

A diferencia de lo establecido por el Código Civil, la Compilación de Derecho de Navarra establece una triple posibilidad en cuanto al plazo de duración del derecho de retracto: perpetuo, indefinido y determinado (ley 577).

Para que tenga una duración perpetua, es necesario que las partes lo establezcan expresamente con frases como las que la citada ley 577 pone como ejemplo: "para perpetuo", "siempre", "cada y cuando quisieren".

No obstante la posibilidad de existencia de cartas de gracia perpetuas o indefinidas admitidas por la ley 577, la ley 58 -a la que además se remite la ley 38.3 como supuesto de prescripción especial-, establece la prescripción de la acción de retraer a los treinta años, tanto para las perpetuas como para las



indefinidas. Con ello se separa de la postura mantenida tradicionalmente: la ley XVI, título II de la Novísima Recopilación regulaba la imprescriptibilidad de las cartas de gracia perpetuas, a excepción de aquellos casos en que, habiéndose intentado por su titular el ejercicio del retracto, y habiendo sido contradecido por el propietario, se dejaran pasar treinta años sin intentarlo más.

C) Forma

Nada dice la Compilación sobre la forma que debe revestir el contrato de compraventa con pacto de retro, ni la forma de ejercitarse el retracto, por lo que se concluye que ni para uno ni para otro se exige una forma especial. Lo que si regula de forma distinta al Código Civil es el pago de los gastos de escritura, de otorgarse ésta: por mitad a cargo de comprador y vendedor.

D) Obligaciones de quien sea titular del derecho de retracto

Para recuperar la cosa vendida, dice la ley 576, el vendedor deberá reintegrar:

- el precio recibido.
- gastos de legítimo abono.
- impensas necesarias y útiles.

El ejercicio del retracto exige según esta ley, el reintegro, no sólo del precio recibido, sino también de los gastos de legítimo abono y de las impensas necesarias y útiles.

Con ello se plantea idéntico problema que con la Compilación catalana y el Código Civil, fijar cuáles son esos gastos e impensas, para poder abonarlos; el retrayente, en principio, habrá de abonar aquellos importes que conozca, consignando una cantidad en la que, aproximadamente cifre los gastos e impensas existentes, y ofreciéndose a abonar lo que siendo efectivamente exigible, reste por ser abonado. Históricamente, el artículo III de las Fors et Costumas establecía que la determinación de las cantidades a abonar podía ser hecha por las partes o por expertos nombrados por los mismos, y, en último caso de oficio por el juez.

SALINAS QUIJADA entiende que si bien la consignación del precio es obligatoria en aquellos casos en que no sea admitido por el comprador, es suficiente el afianzamiento aproximado con promesa de pago de lo que excediese (76).

En cuanto al precio, la ley 578 sólo se refiere expresamente a los supuestos de retracto establecidos a perpetuidad o sin tiempo definido con el fin de evitar los perjuicios que pudieran derivarse de la depreciación de la peseta; en esos supuestos, el retrayente deberá abonar los dos tercios del justo valor de la

cosa al tiempo de retraerla, siempre que esa cantidad sea superior al precio que recibió.

La ley 503 contempla la posibilidad de que pueda operar la rescisión por lesión. En esos casos hay que tener en cuenta según SALINAS QUIJADA (77), que el precio del pacto de retrovendo no es el índice exclusivo, por cuanto juega el valor del retracto para el que vende, y la posibilidad de dejar de ser dueño para el que compra.

La ley 503 establece que sólo tendrá lugar cuando haya caducado el plazo o se haya extinguido el derecho de retraer.

Nada dice la Compilación sobre qué hay que considerar como gastos de legítimo abono, o impensas necesarias y útiles, debiendo entender por aquellos, todos los gastos originados con ocasión de la venta voluntaria (cincuenta por cien de los gastos de escritura, impuestos, gastos de inscripción en el Registro...); SALINAS QUIJADA afirma que no son gastos necesarios los ordinarios, ni los invertidos para la producción de frutos que hubiera percibido el comprador, puesto que éstos compensan aquellos (78). Impensas necesarias y útiles son los gastos realizados para conservar la función económica de la cosa, o para procurar un mayor goce de la misma

E) Obligaciones de quien sea propietario de la cosa cuando se ejercite el retracto

La obligación de quien ostente la propiedad sobre el objeto del retracto, es lógicamente entregarlo al retrayente, y si bien nada dice la Compilación (separándose así del Código Civil y de la Compilación catalana) deberá entregarla libre de toda carga o gravamen, para evitar asimismo que a través de la imposición de esos gravámenes se intente de un lado, desincentivar al ejercicio del retracto, y de otro, una pérdida de valor del bien en cuestión.

#### F) Frutos

En cuanto a los frutos, y por remisión de la ley 582, se aplican los criterios de las leyes 353 y 354. El retrayente los recibirá:

- si son cantidades de dinero: día a día.

- si son naturales: cuando se ejercite el retracto antes del 25 de Marzo, festividad de la Asunción de Nuestra Señora, si la heredad es de tierra blanca o destinada al cultivo de cereales, o antes del 24 de junio, festividad de S. Juan Bautista, si la tierra está destinada a viñas u olivares; cuando los frutos sean aparentes según los usos del lugar, en los otros tipos de cultivo.

En todo caso, el retrayente deberá abonar al propietario los gastos de cultivo y labor.

## V.- DE LA VENTA CON PACTO DE RETRO COMO GARANTIA

La Compilación, en las leyes 475 a 480, realiza una original caracterización del retracto cuando se utiliza en garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, enmarcándolo dentro del título VII, " De las garantías reales", junto con instituciones como la hipoteca, la anticresis y la prenda, y caracterizándolo en la ley 537 como "un préstamo escondido tras la apariencia de una compraventa a retro".

Con ello, un cuerpo legal reconoce de forma expresa la finalidad con la que el pacto de retro se ha venido utilizando habitualmente, reconocimiento que ya apareció en la ley XI de las Cortes de Pamplona del año 1.642, recogido en la XVI, título XXXVII. libro II de la Novísima Recopilación de Navarra: "Son frecuentes en los contratos y escrituras de compras, y ventas de bienes raíces en éste Reino, los pactos de retrovendendo o cartas de gracia, y también los pleitos entre los contrayentes..."

También entre la doctrina navarra, como ocurría con la catalana y con los tratadistas del Derecho Civil, aparecen las críticas a esta institución a la que si llega a calificar de

mutuo con interés oculto elevadísimo; SALINAS QUIJADA reconociendo los efectos nocivos de algunas compraventas con pacto de retro, los imputa al mal uso que de la misma hacen los hombres (79). La venta a carta de gracia, señala este autor, siendo una manifestación de respeto a la voluntad de los contrayentes en base al principio de libertad civil, goza de una serie de virtudes (80);

- constituye un instrumento crediticio bastante más económico que la hipoteca o la venta de crédito.

- ha servido en Navarra como medio imprescindible para que la mujer casada, al no poder hipotecar, pudiera acceder al préstamo.

- en caso de impago, automáticamente cobra el acreedor, sin necesidad de pleitos ni litigios con sus riesgos y con sus tiempos.

- el acreedor asume el riesgo de la cosa en que intenta fundar la garantía, mientras el deudor se sustrae al pago de intereses.

- ofrece la posibilidad de salvar de momento, una situación de penuria, con la ilusión de recobrar la propiedad si se llega a mejor fortuna.

\*

\*

\*

Como se ha adelantado, el régimen regulador de esta venta a retro utilizada con la finalidad de garantizar el pago de una deuda, lo constituyen las leyes 475 a 480 por una parte, y las 578, 579 y 580 por remisión de la ley 475; se caracteriza así a esta venta como un tipo específico de venta a carta de gracia con una finalidad clara, la de garantía. En este sentido, la ley 576 define el contrato de venta con pacto de retro como el derecho real de recuperar la cosa vendida mediante el reintegro del precio recibido, los gastos de legítimo abono y las impensas necesarias y útiles, en tanto que la ley 475 lo caracteriza como garantía, cuando el deudor se reserva el derecho de retraer la cosa vendida al satisfacer o extinguir la obligación.

La diferencia entre una y otra estriba únicamente en la finalidad y consiguientemente en la consideración que tiene la obligación del retrayente al ejercitar su derecho: en el supuesto de simple venta con derecho a retraer, se trata de pago del precio y de todos los gastos originados por la primitiva compraventa; en el supuesto de garantía: el pago de la obligación.

Sin embargo, la ley 537 va más allá, al considerar estas compraventas como préstamos en los que la cantidad prestada es la que figura como precio y en la que existe la garantía de retener la propiedad de la cosa que figura como vendida, adquiriendo la

propiedad de la misma, sino se restituye la cantidad dentro del plazo pactado, configurando este tipo de venta casi como préstamos simulados.

Es importante señalar la presunción que se deriva del juego de las leyes 475 y 584 de la Compilación: se considerará garantía real no sólo cuando se establezca expresamente, sino cuando siendo por tiempo determinado el vendedor continúe por cualquier título en posesión de la cosa, circunstancia ésta que, tradicionalmente apuntan autores y sentencias del Tribunal Supremo como indicio de existencia de un negocio usurario. Sólo existirá presunción si es por tiempo determinado, por cuanto que de la combinación de las leyes 480 y 578 se entiende posible la existencia de este tipo de ventas con carácter perpetuo, si bien entonces el ejercicio se limita a treinta años (ley 480), en estos casos no jugará la presunción siendo necesario el pacto expreso.

La presunción de tratarse de una garantía real por permanecer la cosa en posesión del vendedor juega en sentido inverso, al establecer la ley 476 que se presumirá que la cosa sigue en posesión del vendedor cuando la venta a carta de gracia se considera garantía real.

En estos casos, en los que el vendedor se queda en posesión de la cosa, estará obligado al pago de todos los gastos que se derivan del disfrute y posesión de la misma; le da así, la ley 476, casi idéntico tratamiento que la ley 414 al usufructuario,



basándose -según SALINAS QUIJADA (81)- en la consideración práctica de que el vendedor, de hecho, sigue siendo propietario de la cosa y continúa así en su posesión y disfrute.

Por la remisión de la ley 475, le es además aplicable a la venta con pacto de retro como garantía, lo referente a las ventas con pacto de retro "nominales" en relación

- al precio en caso de plazo indeterminado (ley 578)

- a los supuestos de pluralidad de retrayentes o retraídos (ley 580)

- a la transmisibilidad e hipotecabilidad del derecho, y a la transmisibilidad del bien (ley 579).

Por remisión de la ley 479 a las leyes 353 y 354, el régimen de frutos es exactamente igual al de las ventas a pacto de retro, a cuyo análisis hay que remitirse.

\*

\*

\*

Una de las críticas que con mayor frecuencia se han hecho a la venta con pacto de retro es que, sirviendo en ocasiones de

garantía a un préstamo o al cumplimiento de una obligación, permite al acreedor-retraído apropiarse de la cosa dada en garantía por la falta de pago, burlando así las prohibiciones establecidas por los artículos 1.884 del Código Civil (para la anticresis de forma expresa) y 1.859 para la prenda y la hipoteca en el espíritu tradicionalmente mantenido por doctrina (82) y jurisprudencia (sentencia de 25 de Septiembre de 1.986, Actualidad Civil 7/87).

Sin embargo, la ley 477 permite la adquisición firme de la propiedad por parte del acreedor, adquisición reconocida asimismo por la ley 537, en caso de no restitución de la cantidad debida, dentro del plazo pactado.

A pesar de la letra de la ley 537, la ley 477 no permite la adquisición de la propiedad de forma automática al incumplimiento, sino que impone la observancia, en garantía del deudor, de un plazo y de una notificación. De esta forma al "pacto comisorio" se le imponen dos requisitos:

- la realización de un requerimiento fehaciente exigiendo el cumplimiento .

- el transcurso de un mes y un día, o el plazo mayor previsto en el contrato a contar desde ese requerimiento.

Aplica así el criterio establecido para el pacto comisorio de las ventas que permite la resolución automática en caso de

incumplimiento( ley 486) al pacto comisorio de las garantías reales que permite la apropiación automática de la cosa. Y va más allá al establecer el carácter imperativo de esta regla: "Lo previsto en esta ley se observará aunque nada se hubiese establecido en el contrato o se hubiese pactado lo contrario".

Es importante resaltar que este pacto es expresamente prohibido para la prenda en la letra b de la ley 469.

La adquisición producida por incumplimiento de la obligación garantizada, no podrá ser rescindida a causa de lesión en el precio; regla que para SALINAS QUIJADA (83) tiene su fundamento en que esta venta no es compraventa, sino préstamo, y por ello debe aplicarse el artículo 9 de la ley 23 de Julio de 1.908 sobre préstamos usurarios, a diferencia de lo que ocurre cuando la venta no se ha celebrado en garantía de una obligación, en cuyo caso, la ley 503 establece que cabrá la rescisión si habiéndolo caducado el plazo o habiéndose extinguido el derecho a retraer, a causa de la compraventa con pacto de retro aceptada por apremiante necesidad o inexperiencia, una de las partes hubiera sufrido lesión de más de la mitad del valor de la prestación.

La sentencia de 22 de Abril de 1.936, anterior a la ley 503 de la Compilación, afirma que "exisitiendo pacto de retroventa llamado en Navarra carta de gracia, de la ley 16 del mismo título

y libro, se infiere claramente que tales ventas se hacen por menos precio que el justo de la cosa que con aquel pacto fue vendida, al asegurar la ley que en aquellas transmisiones se computa lo que se compra por derecho en un tercio menos de lo que vale, por lo que si al precio que se pagó se añade esta tercera parte, resulta ser superior a la mitad del justo precio pericial, no existiendo por tanto lesión enorme que permita la rescisión.

#### TERCERA PARTE. EL DERECHO DE ADQUISICION EN OTRAS COMPILACIONES

---

Analizadas las variantes del derecho de retracto convencional en la Compilación catalana y en la navarra, no queda sino hacer una referencia a otra compilación de Derecho Foral, la aragonesa aprobada por la Ley 15/67 de 8 de Abril, y ello no porque regule este tipo de derecho real, sino porque recoge en su articulado la categoría de derecho real de adquisición, si bien referida a los de origen legal.

Los artículos 149 a 152 regulan el llamado derecho de abolorio o de la saca, en base al cual, los parientes dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes, tienen

preferencia para adquirir la propiedad de los inmuebles, que, habiendo permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, se enajenan a terceros extraños o más allá de ese cuarto grado.

Este derecho de abolorio "engloba esa especial estructura de la institución, los dos momentos de su posible ejercicio: el previo a la venta y el posterior a ella, sin necesidad de utilizar para cada uno de ellos distintos nombres -derecho de tanteo y derecho de retracto- con que en el resto de los ordenamientos se califican los derechos de preferente adquisición (84).

Este derecho de abolorio es calificado, ya desde los primeros Anteproyectos de la comisión de jurisconsultos aragoneses -dice MERINO HERNANDEZ (85) de derecho de adquisición preferente: "es la esencia misma de la preferente adquisición, la posibilidad de mantener los bienes familiares en el seno de la cosa frente a cualquier previsto adquirente, o de recuperarlos cuando la enajenación ya se ha producido, "sacándolos" del patrimonio del adquirente.

Pero es la ley 152 de la Compilación la que de modo expreso lo califica de derecho de adquisición preferente, confiriéndole prioridad en caso de concurrencia, sobre cualquier otro derecho legal de adquisición preferente. Prioridad que para MERINO HERNANDEZ encuentra su raíz en la misma prioridad del Derecho

Aragonés sobre el Código Civil y las leyes generales del estado (86).

\*

\*

\*

En cuanto a las demás Compilaciones de Derecho Foral, hay que señalar que en ellas aparecen reguladas viejas figuras de derecho de adquisición (87), todas de carácter legal y con una concreta finalidad social.

Concretamente en la Compilación de Derecho Foral de Vizcaya de 30 de Julio de 1.959, se regula en los artículos 51 y siguientes un derecho de adquisición preferente denominado "de los bienes troncales" en función del cual los parientes tronqueros pueden en caso de enajenación a título oneroso, adquirir con preferencia a terceros los bienes troncales de su línea respectiva, siendo el carácter de ésta derecho troncal y no gentilicio al concederse la preferencia en atención al origen de los bienes y no simplemente a la proximidad de parentesco (88).

Los artículos 52 a 59 ofrecen una curiosa y detallada regulación del modo de ejercitar este derecho y de las transmisiones que dan lugar a él (anuncio de la venta a través de un edicto que se fijará a la hora de la misa mayor de un domingo,

a la puerta de la Iglesia parroquial, donde permanecerá expuesta durante quince días expresando las condiciones de la transmisión...).

\*

\*

\*

Por último señalar simplemente la existencia en la Compilación de Derecho civil de Galicia, de un derecho preferente en favor del forista y del foratario en los supuestos de enajenación a título oneroso de su respectivo derecho sobre el fundo aforado (ley 17)

## NOTAS AL CAPITULO OCTAVO

- (1) BROCA y AMELL "Instituciones de Derecho civil catalán" Tomo II, Barcelona 1.886, página 180.
- (2) PARES "Empenyorament" Revista Jurídica de Cataluña" 1.911, página 459.
- (3) BORRELL Y SOLER "Derecho civil vigente en Cataluña", Barcelona 1.944, página 467.
- (4) CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia", Barcelona 1.943, páginas 58 y 60.
- (5) YSAS SOLANES "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XXX, Madrid 1.987, página 598.
- (6) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 61.
- (7) DURAN Y BAS "Memoria acerca de las Instituciones de Derecho civil de Cataluña", Barcelona 1.883, página 151.
- (8) CASALS COLLDECARRERA op. cit. páginas 60 y 78: "el derecho de redimir es un derecho real en cosa ajena y por tanto un derecho real transmisible, que puede enajenarse, hipotecarse o ser, por su parte, objeto de nuevas ventas a carta de gracia".
- (9) BROCA y AMELL op. cit. página 187.
- (10) PARES "Venta a carta de gracia en Cataluña", Revista jurídica de Cataluña 1.910, página 450.
- (11) FAUS CONDOMINES, (Joseph) "Del contrato de empenyorament en Cataluña o venta a carta de gracia" Centenario de la ley del Notariado, sección IV, volumen III, Barcelona 1.964, página 134: "es un ius in re aliena, una carga que grava el dominio transferido".



(12) PARES "Venta" op. cit. página 439.

CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 7.

SAPENA "Actualidad de la fiducia cum creditore" Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre 1.957, página 129.

FAUS CONDOMINES op. cit. página 117.

DURAN Y BAS op. cit. página 149.

PELLA Y FORGAS "Código Civil en Cataluña" Tomo IV, Barcelona 1.943, página 279.

PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS "Fundamentos de l Derecho Civil de Cataluña" Tomo IV, volumen 2, Barcelona 1.982, página 99.

(13) FAUS CONDOMINES Revista Jurídica de Cataluña, Tomo XIII, página 349.

(14) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 57.

(15) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 50.

(16) PARES "Venta" op. cit. página 450.

(17) FAUS CONDOMINES op. cit. página 51.

(18) DURAN Y BAS op. cit. página 149.

(19) FAUS CONDOMINES "Del contrato...", op. cit. página 113.

(20) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 59.

(21) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 65.

(22) FAUS CONDOMINES "Del contrato..." op. cit. página 130.

(23) BORRELL Y SOLER op. cit. página 481.

(24) YSAS SOLANES op. cit. página 634.

(25) YSAS SOLANES op. cit. página 639.

(26) BROCA y AMELL op. cit. página 187.

PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS op. cit. página 119.

(27) YSAS SOLANES op. cit. página 639.

(28) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 79.

- (29) FAUS CONDOMINES "Del contrato..." op. cit. página 98.
- (30) FAUS CONDOMINES "Del contrato..." op. cit. página 172.  
CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 78 y siguientes.  
PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS op. cit. página 110.
- (31) CASALS COLLDECARRERA op. cit. páginas 76 y 77.
- (32) BROCA y AMELL op. cit. página 190 y siguientes.
- (33) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 113.
- (34) PARES op. cit. página 76 y siguientes.
- (35) BROCA y AMELL op. cit. página 186.
- (36) Sentencia de 7 de Febrero de 1.989: "cuando nada se pacta, dura 30 años".
- (37) DURAN Y BAS op. cit. página 151: "los autores y la Jurisprudencia del Principado modifican el Derecho romano ... A este respecto, en Cataluña pueden concluirse las cartas de gracia sin limitación temporal o sin señalar plazo alguno al ejercicio de la facultad de retraer...".
- (38) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 102.
- (39) YSAS SOLANES op. cit. página 618: "con ello se quiere hacer notar que el hecho de establecer un plazo de caducidad de 30 años, a contar desde la fecha de realización del contrato, en vez de prescripción, no acaba de cuajar en cuanto a su finalidad, y mucho menos en el contexto general de la Compilación y con sus antecedentes históricos".
- (40) YSAS SOLANES op. cit. página 618.
- (41) PARES "Venta..." op. cit. página 497.
- (42) PARES "Venta..." op. cit. página 73.
- (43) PARES "Empenyorament" op. cit. página 493.
- (44) BROCA y AMELL op. cit. página 188.

- (45) FAUS CONDOMINES "Del contrato..." op. cit. página 172.
- (46) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 84.
- (47) BORRELL Y SOLER op. cit. página 489.
- (48) BROCA y AMELL op. cit. página 184.
- (49) PARES "Venta..." op. cit. página 490.
- (50) CASALS COLLDECARRERA op. cit. página 92.
- (51) BROCA y AMELL op. cit. página 191.
- (52) BROCA y AMELL op. cit. página 189.
- (53) BROCA y AMELL op. cit. página 190.
- (54) DURAN Y BAS op. cit. página 143.
- (55) PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS op. cit. página 134.
- (56) GARCIA CANTERO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales" Tomo XIX, Madrid 1.980, página 578.
- (57) ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario" Tomo IV, volumen 1, página 531.
- (58) GARCIA CANTERO op. cit. página 487.
- (59) GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición" Revista de Derecho Privado 1.976, página 102.
- (60) GARCIA AMIGO op. cit. página 102.
- (61) GARCIA CANTERO op. cit. página 487.
- (62) SALINAS QUIJADA "Tratado de Derecho civil de Navarra". Libro III, volumen 2, Pamplona 1.974, página 37.
- (63) ROCA SASTRE op. cit. página 658.

ESPIN "Manual de Derecho civil español" Tomo II, volumen 2, Madrid 1.977, páginas 517 y 568; contempla expresamente lo dispuesto por la Compilación Navarra, afirmando que tal criterio debe ser tenido en cuenta en la reforma futura del Código Civil.

ALBALADEJO "Derecho Civil" Tomo III, volumen 2, Barcelona

1.983, página 333.

GARCIA CANTERO op. cit. página 485.

(64) ESPIN op. cit. Tomo II, volumen 2, página 568.

(65) SALINAS QUIJADA op. cit. página 198.

(66) SALINAS QUIJADA op. cit. página 44.

(67) DE CASTRO "La promesa de contrato: Algunas notas para su estudio", Anuario de Derecho civil 1.950. 4, página 1.127 y siguientes.

(68) MORO LEDESMA "El precontrato. Notas para su estudio" Revista de Derecho Crítico Inmobiliario 1.934, página 85.

(69) GARCIA AMIGO op. cit. página 122.

GARCIA CANTERO op. cit. página 485.

(70) SALINAS QUIJADA op. cit. página 189.

(71) SALINAS QUIJADA op. cit. página 279.

(72) SALINAS QUIJADA op. cit. página 318.

(73) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro IV, volumen 2, página 206.

(74) GARCIA CANTERO op. cit. página 549.

(75) Vid. supra. Capítulo Sexto.

(76) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro IV, volumen 2, página 209.

(77) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro IV, volumen 2, página 217.

(78) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro IV, volumen 2, página 209.

(79) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro III, volumen 2, página 321: una cosa es que la institución sea reprobable y otra que algunas veces quienes la otorgan la hagan merecedora de este dictorio.

(80) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro III, volumen 2, página 323.

(81) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro III, volumen 2, página 326.

(82) ALBALADEJO op. cit. Tomo III, volumen 2, página 232.

O'CALLAGHAN "Compendio de Derecho Civil", Tomo III, Madrid 1.988, página 315.

(83) SALINAS QUIJADA op. cit. Libro III, volumen 2, página 327.

(84) MERINO HERNANDEZ "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XXXIV, volumen 2, Madrid 1.988, página 269.

(85) MERINO HERNANDEZ op. cit. página 270.

(86) MERINO HERNANDEZ op. cit. página 273.

(87) GARCIA CANTERO op. cit. página 482.

(88) CELAYA IBARRA "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XXVI, Madrid 1.978, página 373.

## CONCLUSIONES BASICAS

-----

### I.- CONCEPTO Y CONSTITUCION DEL RETRACTO CONVENCIONAL

El retracto convencional es un derecho real de adquisición que permite a su titular la adquisición de la cosa objeto del derecho con preferencia a cualquier otro, y con independencia de la voluntad del propietario.

Es por tanto, un derecho de opción caracterizado por las notas de preferencia absoluta y total autonomía de la voluntad de su titular para el ejercicio del derecho.

Constituye un tipo específico de derecho de opción, por cuanto siempre es creado de forma simultánea, si bien en sentido inverso, a una compraventa. De esta forma el retrayente recupera lo que por una compraventa vende; es esa precisamente la finalidad del retracto convencional, de un lado vender para obtener una contraprestación que, en ese instante necesita o simplemente desea; y por otro lado, conservar la posibilidad de recuperar en un futuro lo que en el momento de la transmisión sale del patrimonio.

No es por tanto una condición resolutoria, el retracto

convencional no se limita a resolver una compraventa anterior, porque busca las dos finalidades, vender y recuperar. El ejercicio del derecho de retracto, además no supone la desaparición del negocio jurídico al que afecta, la vuelta al estado anterior a su celebración como si nunca hubiere existido (por cuanto permanecen los arrendamientos, no se abonan los intereses del precio). Esto sin considerar que, a tenor del artículo 1.115 del Código Civil no cabe que la condición dependa de la voluntad del vendedor (condición potestativa pura), que es lo que en definitiva se produciría de entender el retracto convencional como una condición resolutoria, por cuanto, cumplidos unos presupuestos y un plazo, es la voluntad del retrayente la que decide el ejercicio del derecho.

Considerado como un derecho de opción especial, cabe entender que su constitución se debe a un precontrato, concebido éste -siguiendo a DE CASTRO-, como una primera fase del iter contractus; la relación jurídica nace por el precontrato, poniéndose en vigor el contrato preparado cuando lo exige una de las partes.

Aparece de este modo una compraventa perfecta por la que se transmite la propiedad de una cosa, y, junto a ella, un negocio jurídico que concede a una de las partes el derecho a exigir durante un periodo de tiempo, la adquisición de la cosa con carácter preferente a cualquier otra, y con independencia de la voluntad de su propietario, un derecho de opción. Comprador y vendedor celebran un contrato de compraventa y, simultáneamente

crean de mutuo acuerdo un derecho real a favor del ahora vendedor que le permitirá, en un futuro, dentro del plazo que ellos establezcan, y sin más condicionantes que su propia voluntad, adquirir la cosa objeto de la venta.

Simultáneamente a la celebración de un contrato de compraventa "normal", se produce la celebración de un precontrato del que se deriva un derecho real de adquisición de especiales características, un derecho real de opción.

La necesidad de ir unido a una compraventa, hace que el retracto convencional sólo pueda crearse por un negocio jurídico inter-vivos.

## II.- CONCEPTO Y CONSTITUCION DEL RETRACTO VOLUNTARIO

El retracto voluntario es un derecho real de adquisición de origen voluntario que permite a su titular la adquisición de la cosa objeto de su derecho con ocasión de su transmisión a un tercero por parte del propietario, y siempre que ofrezca las mismas condiciones que éste.

El retracto voluntario confiere al retrayente una preferencia de carácter relativo y dependiente de la voluntad del propietario por cuanto sólo podrá ser ejercitado cuando éste se decida a transmitir y además él pueda ofrecer las mismas condiciones del



tercer adquirente.

A diferencia del retracto convencional, el retracto voluntario no busca recuperar lo que por una compraventa sale del patrimonio; no es un verdadero retracto, en el sentido auténtico de retracto, derivado de retraer que significa "volver a traer". A través del retracto voluntario se persigue, al igual que en el caso del retracto legal del que constituye su paralelo negocial, adquirir una cosa en unas determinadas condiciones.

Este retracto voluntario dejado en el olvido por legisladores, doctrina y jurisprudencia -que contemplaban el retracto convencional como paralelo negocial del retracto legal-, y admitido en nuestro Ordenamiento por entender que éste acoge un sistema de "numerus apertus" en cuanto a la creación de nuevos derechos reales, es creado por un negocio jurídico en virtud del cual el titular del derecho podrá exigir a la otra parte el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ésta, si bien no en cualquier caso, como ocurre en el retracto convencional, sino cuando concurren los presupuestos a que queda sometido su ejercicio.

A diferencia del retracto convencional, el retracto voluntario puede ser creado inter-vivos o mortis-causa; éste último a través de una disposición testamentaria en la que el testador dejaría (en herencia o legado) la propiedad de una cosa, cuyo derecho de propiedad quedaría limitado por la existencia de un derecho real de adquisición legado o heredado a su vez por un

tercero, consistente en adquirir con preferencia a cualquier otro, si el propietario transmitiera el objeto del derecho, y siempre y cuando ofreciera las condiciones exigidas para su ejercicio.

### III.- SUPUESTO HABITUAL DE AMBOS DERECHOS

El supuesto habitual del retracto convencional exige la existencia de dos negocios jurídicos y dos sujetos. Aquellos son, en primer lugar, la compraventa a través de la que el objeto del derecho sale del patrimonio del vendedor/retrayente; en segundo lugar, el precontrato a través del que este vendedor conserva la posibilidad de recuperar la cosa ahora vendida, y que al ejercitarse el retracto convencional desplegará los efectos de una retroventa. Los sujetos son el vendedor/retrayente y el comprador/retraído; aquel o su causahabiente (adquirente mortis causa o inter vivos) podrá dirigirse contra cualquiera que tenga la posesión de la cosa objeto de su derecho (artículo 1.510) ya sea el primitivo retraído o quien le haya sucedido, también a título universal o particular.

En el retracto voluntario existen tres negocios jurídicos y tres sujetos. Los negocios jurídicos son el precontrato creador del retracto voluntario que al ejercitar éste, posibilitará la adquisición de la cosa, la transmisión que el propietario de la cosa hace a un tercero extraño no interviniente en la creación

del retracto voluntario y la adquisición entre el retrayente y el tercero cuando aquel, cumplidos todos los presupuestos, ejercita su derecho. Los sujetos son el retrayente y parte aceptante en el negocio creador del retracto voluntario, el propietario de la cosa y parte oferente en dicho negocio creador; y el tercero retraído que con su adquisición posibilita el ejercicio del retracto, es la persona contra la que se dirigirá el retrayente y quien en definitiva, en una nueva transmisión deberá enajenar al retrayente el objeto de su derecho, a diferencia de quienes mantienen la existencia de una resolución o una subrogación.

#### IV.- CONFIGURACION PERSONAL DE AMBOS DERECHOS

El problema de la configuración personal de retracto convencional y retracto voluntario ofrece nuevas razones de distinción entre uno y otro.

La configuración personal de estos derechos supone lógicamente su creación sin los caracteres de poder directo e inmediato sobre la cosa y eficacia erga omnes de los que gozan siendo derechos reales. Pero así como el retracto convencional cabe ser creado como derecho personal, aunque con consecuencias un tanto inoperantes para todo supuesto que no sea el habitual, el retracto voluntario sólo puede ser configurado como derecho real.

En tanto que en el supuesto habitual del retracto convencional el retrayente se dirige cuando quiere al propietario de la cosa objeto de su derecho para exigirle la transmisión de esa cosa, sin que intervenga un tercero que pueda verse perjudicado; en el retracto voluntario el supuesto habitual exige que un tercero adquiera la cosa para poder ser ejercitado. Si el retracto voluntario es creado como un simple derecho personal y el propietario incumple (al transmitir, no se lo notifica o no comunica al tercero la existencia de este derecho) el retrayente no podrá dirigirse contra el tercero exigiéndole la enajenación de la cosa, sólo podrá reclamar al propietario el pago de una indemnización por el incumplimiento.

## OTRAS CONCLUSIONES

-----

### I.- LA UTILIZACION DEL RETRACTO CONVENCIONAL COMO PRESTAMO

- Historicamente sólo se ha regulado el retracto convencional -por el olvido padecido por el retracto voluntario- estando dirigida esta regulación a ofrecer una solución a aquellas personas que encontrándose en una situación de necesidad no deseaban desprenderse con carácter definitivo de aquellos bienes que por tradición habían pertenecido a su familia. Sin embargo, con el tiempo por las influencias de la regulación canónica y la represión de la usura, el retracto convencional fue utilizado como instrumento simulador de un préstamo que además con frecuencia, permitía no sólo burlar la ley de represión de la Usura, sino también las prohibiciones sobre el pacto comisorio.

Utilizado con la finalidad de obtener dinero mediante un instrumento distinto al préstamo, el Tribunal Supremo ha entendido que la compraventa con pacto de retro entra dentro de la órbita de aplicación de la Ley de Represión de la Usura de 23 de Julio de 1.908. (artículo 9 de esta Ley), que asimila al préstamo cualquier operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, debiendo reunir, aunque no de forma

simultánea necesariamente los requisitos establecidos por la propia ley en su artículo 1.

- La compraventa con pacto de retro utilizada con fines de garantía, es un caso de simulación, en el que las partes celebran aparentemente un negocio de compraventa que encubre un contrato de préstamo, ofreciendo -por la propia estructura del pacto de retro- una garantía real.

A través de esta modalidad, el acreedor obtiene una garantía real para su préstamo, con la posibilidad de apropiarse de la cosa objeto del mismo, en el supuesto de incumplimiento del deudor; y éste un dinero que necesita, evitando que ante terceros figure como tal préstamo. Cuando esta posibilidad de apoderamiento de la cosa por parte del acreedor, convierte en causa de celebración (causa ilícita del artículo 1.275 del Código Civil) por cuanto a través de ella se entiende un fin prohibido por el Ordenamiento, el pacto comisorio no se trata simplemente de un negocio simulado con una apariencia que oculta un verdadero y válido negocio, sino que será un negocio celebrado en fraude de ley, y por tanto nulo conforme a lo estipulado en el artículo 6 del Código Civil.

Si en lugar de perseguir burlar el pacto comisorio, lo que intentan es burlar la ley de 1.908 contra la usura, el préstamo disimulado será nulo, en este caso por atentar contra lo estipulado por esta ley. Es aquí precisamente, donde la jurisprudencia en muchas ocasiones no distingue, y buscando

sólamente la condición de usura y su consecuente nulidad, olvida la posibilidad de una simple simulación cuando el préstamo disimulado no reúna las condiciones exigidas por dicha ley.

En cuanto a su caracterización como negocio fiduciario, cabe señalar que la razón de no compartir tal caracterización es doble; de un lado porque no cabe su admisibilidad en el Ordenamiento español donde persiste una postura o doctrina causalista del negocio jurídico, y donde por tanto no resulta suficiente la causa fiduciae. De otro, y porque aún partiendo de su posibilidad y siendo caracterizado como un contrato complejo integrado por dos interdependientes, uno real y otro obligacional -transmisión de la propiedad limitada en cuanto a las facultades y tiempo de disfrute del propietario-, no existe identidad con la compraventa con pacto de retro en la que el derecho a readquirir la cosa es de carácter real y exigible, en consecuencia "erga omnes".

## II.- LOS SUJETOS DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y SU CAPACIDAD

- El retracto convencional pertenece a los supuestos específicos de derecho real en cosa ajena en los que junto con el sujeto activo existe una persona especialmente obligada con un deber de cooperar a la transmisión de la cosa, un sujeto pasivo especial.

- El sujeto activo, el titular del retracto convencional por la especial configuración del negocio creador de este derecho, sólo puede ser quien aparezca como vendedor en el contrato de compraventa al que va unido, o quien haya sucedido a título universal o particular a ese vendedor.

Este titular del retracto convencional -en el supuesto habitual de no transmisión de este derecho- al ser vendedor, aceptante en el precontrato y comprador, habrá de tener capacidad para realizar los tres actos, o, en su defecto, actuar con el complemento de capacidad necesario.

- El sujeto pasivo en el supuesto habitual del que se parte, será comprador en la compraventa, oferente en el precontrato que da lugar al retracto convencional, y vendedor en caso de ejercicio de este derecho por su titular.

La capacidad exigida para ser sujeto pasivo es mayor por tanto en los supuestos habituales que la exigida para ser sujeto activo, porque además de tener capacidad para poder comprar y luego vender (capacidad que también se exige, aunque en distinto orden al sujeto activo), ha de tener capacidad para establecer en el precontrato, gratuita u onerosamente, un gravamen sobre la cosa.

- Es el hecho de que la cosa objeto de retracto convencional -y no el propio derecho- sea divisible, lo que permite la existencia de supuestos de pluralidad de sujetos activos o de



sujetos pasivos, en cuya regulación por el Código Civil se aprecia la finalidad de evitar situaciones de comunidad.

### III.- LOS SUJETOS DEL RETRACTO VOLUNTARIO Y SU CAPACIDAD

- El retracto voluntario pertenece, como el retracto convencional, a los supuestos específicos de derecho real en cosa ajena en los que junto con el sujeto activo existe una persona especialmente obligada con un deber de cooperar a la transmisión de la cosa, un sujeto pasivo especial.

- En el retracto voluntario junto con el sujeto activo y el sujeto pasivo especial, interviene una tercera persona: el propietario que "ofrece" en el precontrato a título oneroso o gratuito, el retracto voluntario sobre el objeto de su propiedad y que al transmitirla a un tercero posibilitará su ejercicio, debiendo tener en consecuencia, capacidad para gravar el objeto cuya titularidad ostenta y para, posteriormente venderlo a un tercero.

- El sujeto activo del retracto voluntario, la persona facultada para adquirir el objeto de su derecho es en el supuesto habitual, parte interviniente en el negocio creador del retracto voluntario, y posteriormente al ejercitar su derecho, comprador, por lo que habrá de tener la capacidad necesaria para, en el precontrato, obligarse al pago si es oneroso, o para aceptar la

donación si es a título gratuito, y para adquirir el objeto del derecho cuando se ejercite éste.

- El sujeto pasivo especial en el retracto voluntario es el tercero extraño al negocio creador de este derecho, que, con su adquisición, facilita su ejercicio. Su capacidad deberá ser suficiente para primero adquirir, y, luego, de ejercitarse el retracto voluntario, enajenar al retrayente.

#### IV.- OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL

- El objeto del retracto convencional puede ser, a pesar del tenor literal del Código Civil, concretamente los artículos 1.513, 1.514 y 1.516, tanto mueble como inmueble.

Sin embargo, la reipersecutoriedad establecida en el artículo 1.510 se verá excepcionada en uno u otro caso de distinta forma. En el caso de los inmuebles, sólomente en los supuestos que, a tenor del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, exista un tercero hipotecario, es decir un tercero que ha adquirido a título oneroso, de buena fe, de quien según el Registro era titular y que a su vez ha inscrito su derecho.

En el caso de los bienes muebles, y en base a lo establecido en el artículo 464, el retrayente podrá ejercitar su derecho tanto si el propietario ha sido privado de su propiedad

ilegalmente (supuesto en el que también podría reivindicar su derecho este propietario), como si no (artículo 1.510: aunque nada se haya dicho en el contrato).

- Cuando la cosa objeto del retracto convencional sufra variaciones, éstas serán soportadas en uno u otro sentido por el comprador, actual propietario de la cosa; si existen accesiones, la propiedad de las mismas será del dueño de la heredad, en tanto en cuanto lo sea, de forma que si el retrayente ejercita su derecho adquirirá el inmueble con las accesiones que haya tenido, sin abonar nada por ellas. De igual forma si la cosa sufre mermas, el retrayente deberá abonar la cantidad pactada sin deducciones debidas a esa merma.

Cuando por el contrario, las accesiones o mermas tienen carácter artificial o industrial, se habrá de abonar, al ejercitar el retracto, las indemnizaciones que correspondan con el fin de evitar enriquecimientos injustos.

- El propietario de la cosa gravada con un derecho de retracto convencional, mientras éste no se ejercita es propietario, de forma que si durante el tiempo que ostenta la propiedad se encuentra un tesoro oculto, pasará a ser de su propiedad, sin que nada pueda exigir en su caso, el retrayente.

## V.- OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

- El retracto voluntario, debido a su carácter negocial y al depender, dentro de los límites del artículo 1.255 del Código Civil y de los derivados de su propia naturaleza de derecho real de adquisición, de la voluntad de las partes, puede establecerse sobre cualquier tipo de cosa.

- Las variaciones que puede sufrir el objeto del retracto voluntario, no plantean problemas de la importancia de los del retracto convencional; primero porque al no estar el precio fijado de antemano, el precio en que finalmente se transmita la cosa, y se ejercite en su caso, el derecho recogerá ya esas variaciones; segundo, porque si con las variaciones la cosa no corresponde a los deseos del retrayente, éste podrá no ejercitar su derecho. El supuesto es distinto si las variaciones han sido realizadas con la finalidad de evitar el ejercicio del retracto y éste fue concedido con carácter oneroso, en cuyo caso el retrayente podrá exigir la indemnización correspondiente.

## VI.- EJERCICIO DEL RETRACTO CONVENCIONAL

- En tanto en cuanto no se ejercite el retracto convencional, el propietario de la cosa es pleno propietario de ésta -si bien

"bajo la espada de Damocles" que supone el ejercicio del retracto convencional- y como tal puede gravar y disponer de la cosa como quiera (artículo 1.511 del Código Civil, 107.7 de la Ley Hipotecaria).

Por su parte, el retrayente es titular de un derecho con un valor de mercado, un contenido económico, que asimismo le permitirá enajenarlo o hipotecarlo (artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria).

- El plazo de ejercicio del retracto convencional es un plazo civil de caducidad, prorrogable por las partes, con un límite máximo establecido por la ley (artículo 1.508) con carácter imperativo, de 10 años. En aquellos supuestos en los que se establezca un plazo superior, se considerará nulo el tiempo que sobrepase los 10 años.

- El ejercicio del retracto convencional podrá ser extrajudicial cuando ambas partes estén conformes (siendo necesario el otorgamiento de escritura si el retracto convencional estuviera inscrito en el Registro para que tenga efectos frente a terceros); o judicialmente a falta de acuerdo entre retrayente y retraído a través del proceso que corresponda y que no es el regulado por los artículos 1.618 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables sólo al retracto legal/voluntario.

- Para ejercitar el retracto convencional será necesario que

el retrayente abone o consigne en el momento de ejercicio las cantidades conocidas que establece el artículo 1.518 (precio, gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho con ocasión de la venta -que, salvo pacto expreso en otro sentido se regirá por los artículos 1.455 y 1.465 del Código Civil-, gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida), y lo demás que se hubiese pactado (artículo 1.507).

- Por su parte el retraído deberá entregar la cosa objeto del retracto:

. con las accesiones naturales que hayan tenido lugar -no con las industriales, ni en su caso, con el tesoro oculto- por cuanto éstos van unidos a la cosa, y él los ha adquirido en cuanto ha sido propietario de la cosa.

. libre de toda carga o hipoteca, no porque el retracto sea una condición resolutoria, sino porque al tratarse de un derecho real prevalece como más antiguo sobre otros derechos posteriores, a excepción de los arrendamientos celebrados de buena fe y según costumbre del lugar donde radique.

. los frutos que haya al tiempo de ejercitarse el retracto convencional si también los hubo en el momento de ejercitarse la compraventa, y sólo parte de los frutos (tras un reparto proporcional) si no los hubiera habido.

- El retraído propietario no responde en caso de que la cosa se pierda o deteriore sin mediar culpa, porque mientras no se ejercita el retracto, es un pleno propietario a quien no cabe aplicar lo regulado para el simple poseedor.

- Los supuestos de concurrencia del retracto convencional con otros derechos reales de adquisición de origen legal, o con otros derechos de adquisición de origen voluntario, se han de resolver mediante un criterio cronológico: es un derecho preferente aquel que se haya creado antes.

- Las causas de extinción del retracto convencional son: la extinción de su objeto, la ineficacia del acto constitutivo, la consolidación, la renuncia, la caducidad, el ejercicio del derecho de adquisición preferente, y aquellas que hayan establecido las partes de mutuo acuerdo.

- Extinguido el retracto convencional, si su existencia constaba en el Registro, habrá de proceder a la cancelación en dicho Registro que recojan la citada extinción (título que acredita la desaparición de la cosa, escritura pública mediante la que el retrayente adquiere la cosa, sentencia que recaiga en el procedimiento...).

## VII.- EJERCICIO DEL RETRACTO VOLUNTARIO

- El ejercicio del retracto voluntario vendrá determinado por lo acordado por las partes en el negocio creador, y a falta de pacto, por las normas reguladoras del retracto legal que por analogía sean aplicables.

- En el retracto voluntario como en el legal, el ejercicio supone una nueva transmisión entre el retrayente y el tercero adquirente de la cosa, ahora retraído.

#### VIII.- DERECHOS FORALES

- La Compilación de Derecho catalán regula bajo el nombre de empenyament o derecho de lluir y quitar, un retracto convencional, de duración superior a la permitida por el Código Civil (30 años o la vida del retrayente).

Empenyament cuyo origen y principal finalidad, como en el caso del retracto convencional, fue la obtención de dinero mediante fórmulas distintas al préstamo, y en el que, precisamente por esa finalidad, se regula expresamente la posibilidad de vender a retro la cosa gravada con este derecho y el propio derecho.

- La Compilación de Derecho Foral de Navarra es el primer cuerpo legal que reconoce de una forma expresa y sistematizada los derechos reales de adquisición caracterizándolos sin dar un



concepto de cada uno de los tipos, como derechos que facultan a la adquisición preferente de la cosa que gravan; distinguiendo a su vez entre ellos el derecho de opción, el de tanteo y el de retracto, tanto de origen legal, como de origen voluntario.

Fuera del ámbito de los derecho reales de adquisición, pero también con carácter real regula un derecho al que también denomina retracto, procedente de la venta con pacto de retro o a carta de gracia, distinguiendo a su vez dentro de éste, pero en título distinto, el derecho de retracto creado como garantía del cumplimiento de una obligación, -contemplando de forma expresa una realidad que se ha producido también en el Derecho catalán y en el sometido al Código Civil: la utilización mayoritaria del retracto convencional con fines de garantía-, y que coincide con el derecho de retracto regulado por los artículos 1.506 y siguientes del Código Civil con las diferencias que se han ido señalando.

## BIBLIOGRAFIA

---

AGUILAR Y GARCIA "El contrato y el derecho real de foro"  
Madrid, 1.911.

ALAS "La publicidad y los bienes muebles", Madrid 1.920.

ALBALADEJO "El negocio jurídico", Barcelona 1.958.

"Derecho Civil", Tomo I, volumen 2, Barcelona 1.980.

Tomo II, volúmenes 1 y 2, Barcelona  
1.982 y 1.983.

Tomo III, volúmenes 1 y 2,  
Barcelona 1.983.

ALCUBILLA "Diccionario de administración española", Tomo IX.

ALGUER "Para la Crítica del concepto de precontrato", Revista de  
Derecho Privado, número 12, 1.935.

ALVAREZ MARTINEZ "La singularidad de efectos específicos en el  
retracto legal, su razón de ser", Revista General de Derecho,  
1.955.

ARANGIO RUIZ "La compravendita in diritto romano", Nápoles 1.954.

ARECHEDERRA "Los derechos de tanteo y de retracto convencional  
configurados con carácter personal", Revista de Derecho Privado  
1.980, número 1.

ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET "Derecho romano", Tomo II, Madrid  
1.984.

BADENES GASSET "La preferencia adquisitiva en el Derecho español"  
Barcelona 1.958.

"El contrato de compraventa", Tomo II, Barcelona

1.979.

BALBAA "La preemption en Droit comparé", Dijon 1.938.

BARASSI "La proprietà nel nuovo Codice civile", Milán 1.943.

BARBERO "Sistema del Derecho privado", Traducción de "Sistema del Diritto privato italiano", Tomo IV, volumen 3, Buenos Aires 1.967.

BATLLE VAZQUEZ "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo I, Madrid 1.978.

BECKER "System d' heut Pand", Weimar 1.886.

BONET RAMON "Código Civil comentado", Madrid 1.964.

BORRELL Y SOLER "El contrato de compraventa según el Código Civil español", Barcelona 1.952.

"Derecho civil vigente en Cataluña", Tomo III, Barcelona 1.944.

BOYER "Les promesses synallagmatiques de vente", Revue Trimestrielle de Droit Civil, numero 47, 1.949.

BROCA Y AMELL "Instituciones de Derecho civil catalán", Tomo II, Barcelona 1.886.

BREYER "Traité du retrait féodal et du retrait lignagier", Nancy 1.737.

CAMARA "Justificación de la interpretación germanista del artículo 464 del Código Civil", Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1.983.

CAMY SANCHEZ CANETE "Comentarios a la legislación hipotecaria", Tomo I, Pamplona 1.982 y Tomo IV, Pamplona 1.983.

CANO "Colisión entre los derechos de adquisición preferente", Barcelona 1.986.

CARCABA FERNANDEZ "La simulación en los negocios jurídicos",

Barcelona 1.978.

CARIOTA FERRARA "El negocio jurídico", Madrid 1.956.

CASALS COLLDECARRERA "El pacto de retro y la carta de gracia",  
Barcelona 1.943.

"De si la aportación de una finca rústica a  
una sociedad da lugar al retracto", Revista Jurídica de Cataluña  
1.946.

CASTAN "Derecho civil español común y foral", Tomo II, volúmenes  
1 y 2, Madrid 1.984; Tomo IV, Madrid 1.986, y Tomo V, Madrid  
1.983.

CASTRO "La promesa del contrato", Anuario de Derecho civil,  
1.950

"El negocio jurídico", Madrid 1.967.

CELAYA IBARRA "Comentarios al Código Civil y Compilaciones  
forales", Tomo XXVI, Madrid 1.978.

CHIOVENDA "Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata",  
Revista Diritti processuale civile II, Roma 1.931.

CICU "Estinzione di rapporti giuridici per confusione", Sassari  
1.908.

CLEMENTE DE DIEGO "Derecho civil español", Tomo I, Madrid 1.929,  
"Instituciones de Derecho civil", Tomo I, Madrid 1.959.

COBO SAENZ "Tratamiento del Derecho de propiedad y los contratos  
en los documentos pontificios de los siglos XVII al XIX", Revista  
de Actualidad Civil 12/89.

COMAS "La revisión del Código Civil español", Tomo V, Madrid  
1.900.

COSSIO "Instituciones de Derecho civil", Tomos I y II, revisado y  
puesto al día por M. de Cossio y J. León Alonso, Madrid 1.988.

DELCOURT "Théorie générale du retrait", Caen 1.898.

DELMAS-SAINT HILAIRE "Le retrait sucesorial. Remarque sur son actualité", Revue Juridique et économique du Sud-Ouest, número 9, 1.958.

DIEZ DEL CORRAL "La adquisición a non domino de bienes muebles en el proyecto de Ley uniforme y comparación con el sistema español", Anuario de Derecho civil 1.972.

DIEZ PICAZO "El pacto de compromiso y la nueva ley de arbitraje", Anuario de Derecho civil número 7, 1.954.

"Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Tomos I y II, Madrid 1.986.

"Autonomía privada y derechos reales" Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre, volumen 2, Madrid 1.976.

DIEZ PICAZO Y GULLON "Sistema de Derecho civil" Tomo II, Madrid 1.986 y Tomo III, Madrid 1.987.

D'ORS "Elementos de Derecho privado romano", Pamplona 1.960.

DURAN Y BAS "Memorias acerca de las Instituciones de Derecho civil de Cataluña", Barcelona 1.883.

ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF "Tratado de Derecho civil, Tomo II, volumen 2 primera parte y Tomo III, volumen 1 y 2, traducido por Perez Gonzalez y Alguer. Barcelona 1.971.

FADDA "Lezione sulla proprietà", Nápoles 1.907.

FALCON "Derecho civil español", Tomo II, Salamanca 1.878.

FALLETI "Le retrait lignagier en droit coutumier français", Paris 1.923.

FAUS CONDOMINES (Joseph) "Del contrato de empenyament en Cataluña, o venta a carta de gracia" Centenario de la ley del

Notariado, Barcelona 1.964.

FAVERO "Estinsione delle obligasion per confusione", Milán 1.964.

FERNANDEZ VILLAVICENCIO "La facultad de disposición" Anuario de Derecho civil 1.950.

FERRARA "Trattato di Diritto civile italiano", Tomo I, volumen 1, Roma 1.921.

FUENMAYOR "La revocación de la propiedad", Madrid 1.941.

FUENTES LOJO "Suma de Arrendamientos Urbanos", Tomo I, Barcelona 1.986.

FUEYO "Derecho civil" Tomo V, volumen 1 y 2, Santiago de Chile 1.964.

GAILLOT "Le retrait d'indivission et le perfectionnement de sa technique. Du systeme de l'acquisition faceé à celui de l'option" Paris 1.942.

GARCIA AMIGO "Derechos reales de adquisición", Revista de Derecho Privado 1.976.

GARCIA CANTERO "Teoría general de los derechos de adquisición preferente", Zaragoza 1.962.

"Los derechos de adquisición en Francia", Revista de Derecho Notarial 1.965, volumen 2.

"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XIX, Madrid 1.980.

GARCIA FERNANDEZ "Contra la usura. Modificación del artículo 1.509 del Código Civil", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 107, 1.905.

GARCIA GOYENA "Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español" reimpresión de la edición de Madrid 1.852,

Zaragoza 1.974.

GARRIGA "La mujer casada, ¿puede retraer de su marido la finca que le vendió con pacto de retro cuando eran solteros?" La Reforma legislativa 1.901.

GOMEZ CALERO "Notas sobre el retracto de comuneros en el Código Civil español", Revista de Derecho Privado 1.963.

GOMEZ CORRALIZA "Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad", Revista La Ley número 2.078.

GONZALEZ PORRAS "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XVI, volumen 1, Madrid 1.980.

GUILARTE "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XXIII, Madrid 1.980.

GUTIERREZ DE CABIEDES "Enajenación forzosa", Universidad de Navarra 1.966.

GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos o estudios fundamentales", Madrid 1.868.

"Retrotraer", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.878, Tomo 52.

"Códigos sobre el Derecho civil español", Libro II, Tomo II, Madrid 1.886.

GUYOT "La renaissance des retraits" Revue critique de legislation et jurisprudence número 44, 1.924.

HEDEMANN "Tratado de Derecho civil", volumen 2. Traducción de Díez Pastor y Gonzalez Enriquez, Madrid 1.955.

HERNANDEZ GIL "Nuevas perspectivas para la interpretación del artículo 464 del Código Civil" Madrid 1.976.

"Obras completas: Tomos II, Madrid 1.987 y III, Madrid 1.988.

IGLESIAS "Derecho romano. Instituciones de Derecho romano",  
Barcelona 1.983.

IZQUIERDO ALCOLEA "El derecho de retracto en la Ley de  
Arrendamientos Urbanos", Barcelona 1.955.

JORDANO BAREA "Negocio fiduciario, negocio simulado, y negocio  
indirecto" Revista de Derecho Privado 1.958.

JÖRS KUNKEL "Derecho privado romano", Barcelona 1.965.

LACRUZ "Elementos de Derecho civil", Tomo II, volumen 2,  
Barcelona 1.987, Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.988 y volumen  
2, Barcelona 1.980.

LALAGUNA DOMINGUEZ "Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y  
contratos", Madrid 1.978.

LALOU "Les pactes de préférence en Droit Hypothécaire", 1.929.

LARENZ "Derecho de obligaciones" Versión española y notas de  
Santos Briz, Tomo I y II.

LEZON "Los préstamos usurarios y la venta con pacto de retro"  
Revista de Derecho Privado 1.919.

LINARES NOCI "La prelación enfiteútica", Revista de Derecho  
Privado 1.986.

LOPEZ ALARCON "El derecho de preferencia", Revista de Derecho  
Privado 1.960.

LOUZAU "Venta con pacto de retro. Sus efectos cuando al llegar el  
plazo convenido han contraído matrimonio los otorgantes de  
aquella", La reforma legislativa 1.901.

MANRESA "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada",  
Tomo VI, Madrid 1.895.

MANRESA-BLOCH "Comentarios al Código Civil español", Tomo X,  
volumen 1, Madrid 1.969.



MARTIN PEREZ "Apuntes de Cátedra"

"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo VI, Madrid 1.980.

MAYNZ "Cours de Droit romain", Tomo II, Paris 1.870.

MAZEAUD "Leçons de Droit Civil", Tomo II, volumen 2, Paris 1.969 y Tomo III, volumen 2, Paris 1.968.

MENGUAL "La opción como derecho y como contrato" Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Tomo 168, número 11, 1.938.

MERINO HERNANDEZ "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XXXIV, volumen 2, Madrid 1.988.

MERLIN "Retrait", Reperttoire universel et raisonné de Jurisprudence, Paris 1.828.

MEZQUITA DEL CACHO "El pacto de opción y el derecho que augura" Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1.951.

MONER "Retrotraer", Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 1.870.

MORAL Y LUNA "Los derechos reales de adquisición y el problema de su rango" Anales de la Academia Matritense y del Notariado 1.954.

MORO LEDESMA "El precontrato", Revista crítica de Derecho Inmobiliario 1.934.

MOREU BALLONGA "Ocupación, hallazgo y tesoro", Zaragoza 1.980.

MUCIUS SCAEVOLA "Código civil concordado y comentado extensivamente con arreglo a la edición oficial" Tomo XXIII, volumen 1 y 2, Madrid 1.970.

NAVARRO AMANDI "Cuestionario del Código civil reformado", Tomo IV, Madrid 1.891.

NAVARRO MARTORELL "Notas sobre el concepto y la estructura de los

negocios fiduciarios", Revista de Derecho privado 1.950.

O'CALLAGHAN MUNOZ "La renuncia a la legítima", Libro homenaje a Roca Sastre, Tomo III, 1.976.

"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XX, volumen 3, Madrid 1.982.

"Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad (time-sharing) Regulación legal y Derecho comparado", Madrid 1.987.

"Compendio de Derecho civil" Tomo I, Madrid 1.986, Tomo II, volumen 1, Madrid 1.987 y volumen 2, Madrid 1.989, Tomo III, Madrid 1.988.

O'CALLAGHAN (Ramón) "Derecho canónico según el orden de las Decretales de Gregorio IX, Tomo III, 1.899.

ONDOVILLA "Naturaleza del Retracto Convencional", Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.878.

OSSORIO Y GALLARDO "El contrato de opción", Madrid 1.935.

OTTO Y CRESPO "Del retracto convencional", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.862, Tomo 21.

PARES "Venta a carta de gracia en Cataluña", Revista Jurídica de Cataluña, 1.910.

"Empenyorament" Revista Jurídica de Cataluña 1.911.

PASCUAL QUINTANA "El vicio esencial en el ejercicio del derecho de retracto en los arrendamientos", Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.956.

PELLA Y FORGES "Código civil de Cataluña", Tomo IV, Barcelona 1.943.

PLANIOL "Traité élémentaire de Droit civil", Tomo I, Paris 1.920.

PLANITZ "Principios de Derecho privado germánico", traducción de Carlos Melón Infante, Barcelona 1.957.

POTHIER "Tratado de los contratos" Tomo II, Buenos Aires 1.944 (según traducción de M.Dupin del Traité des retraits y del Traité de contrat á Bail a Rente. Paris 1.824).

PRIETO COBOS "Ejercicio de las acciones civiles", Tomo II, Madrid 1.977.

PUIG BRUTAU "Fundamentos de Derecho civil", Tomo II, volumen 1, Barcelona 1.978; Tomo III, volumen 1, Barcelona 1.971, , volumen 2, Barcelona 1.973 y volumen 3, Barcelona 1.974.

PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS "Fundamentos del Derecho civil de Cataluña", Tomo IV, volumen 2, Barcelona 1.982.

PULEO "I diritti potestativi", Milán 1.959.

REINO CAAMAÑO "El retracto legal y la libre contratación", Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1.918.

RIAZA "Los retractos. Errores dominantes en la materia", Madrid 1.919.

RICA "Comentarios al nuevo reglamento hipotecario", Tomo I, 1.948.

RIGAUD "Le droit réel, histoire et théories", traducción española, Madrid 1.928.

RIPERT-BOULANGER "Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol" Tomo III, Paris 1.958.

ROCA SASTRE "Estudios de Derecho privado", Tomo I. Contrato de promesa, Madrid 1.948.

"Derecho hipotecario", Tomos II, III y IV, volumen 1, Barcelona 1.968.

ROMAN GARCIA "El precontrato. Estudio dogmático y

jurisprudencial", Madrid 1.982.

ROYO MURCIANO "De las cartas de gracia, cómo son y cómo deben considerarse", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomos 17 y 18, 1.860.

RUBINO "El negocio jurídico indirecto" traducción de L. Rodriguez Arias, Madrid 1.953.

RUGGIERO "Instituciones de Derecho civil", Tomos I y II, volumen 1, Madrid s/f.

SALDANA "La opción y el Registro de la propiedad", Revista crítica de Derecho Inmobiliario 1.928.

SALINAS QUIJADA "Tratado de Derecho civil de Navarra", Libro III, volumen 2 y Libro IV, volumen 2, Pamplona 1.974.

SANCHEZ DE MOLINA "El derecho civil español en forma de Código", Madrid 1.971.

SANCHEZ FONTANS "Naturaleza de la opción", Revista de Derecho Español y Americano, Tomo XII, número 17, 1.967.

SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil", Tomo III, Madrid 1.900, y Tomo IV, Madrid 1.910.

SANTAMARIA "Algo sobre el contrato de venta a retro", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 113, 1.908.

SANTOS BRIZ "Derecho civil, teoría y práctica", Tomo II y IV, Madrid 1.973.

SAPENA "Actualidad de la fiducia cum creditore", Tomos 17 y 18, Revista de Derecho Notarial 1.957.

SCAEVOLA-BONET "Código civil comentado y concordado extensamente", Tomo XXIII, volumen 2, Madrid 1.970.

SCHULZ "Derecho romano clásico", traducción española de Sta. Cruz Tejeiro, Barcelona 1.960.

SERAFINI "Instituciones de Derecho romano", Traducción de Trias, Tomo II, Madrid 1.927.

SERRANO Y SERRANO "Retracto enfiteútico" Enciclopedia jurídica española, Tomo XXVII.

SEUFFERT "Das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht" Wurzburg 1.819.

SOLAS RAFECAS "La construcción extralimitada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, "Revista ", Actualidad Civil" 239/89, página 857.

TALLON "Retraits et préemtions", Revue Trimestriel de Droit Civil, 1.951.

TELLECHEA "El retracto convencional" 1.928.

TILOCCA "La distinzione tra diritti reali et diritti di credito" Archivo Giuridico, Tomo 138, Enero 1.950.

TORRES LANA "Contrato y Derecho de opción", Madrid 1.982.

VALVERDE "Tratado de Derecho civil español", Tomo II, Valladolid 1.936.

VALLET DE COYTISOLO "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil", Anuario de Derecho civil 1.956.

"Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral", Revista crítica de Derecho Inmobiliario 1.961.

VERDERA TUELLS "Algunos aspectos de la simulación", Anuario de Derecho Civil, Tomo III, 1.950.

VIARD "Les pactes adjoints aux contrats", Roma 1.972.

VISO "Lecciones elementales de derecho civil", Tomo III, Valencia 1.889.

VISSCHER "Le jus abutendi", Revue Trimestriel de Droit Civil  
1.913.

WALCH "Das Näherrecht systematisch entworten", Jena 1.795.

WINDSCHEID "Il diritti delle pandette", Tomo I, Turin 1.930.

YSAS SOLANES "Comentarios al Código Civil y Compilaciones  
forales", Tomo XXX, Madrid 1.987.

## INDICE

PRESENTACION .....	1
INTRODUCCION	
SUMARIO .....	8
I.- CONCEPTO DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION Y SU	
CARACTERIZACION COMO DERECHOS REALES .....	16
1. EN GENERAL .....	16
2. DERECHO DE PROPIEDAD COMO DERECHO SUBJETIVO INTEGRADO	
POR UN CONJUNTO DE FACULTADES. CONSTITUCION DE	
DERECHOS IN RE ALIENA .....	18
3. CONCEPTO Y NATURALEZA DE DERECHO REAL .....	25

4. ESTRUCTURA, CARACTERES Y CLASIFICACION DE LOS DERECHOS REALES .....	30
5. DERECHOS DE ADQUISICION COMO DERECHOS DE NATURALEZA REAL .....	40
6. POSTURA DE LA DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION ESPANOLA ANTE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION .....	51
II.- ENUMERACION DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION Y CONCEPTO DE CADA UNO DE ELLOS .....	65
1. REFERENCIA AL CARACTER REAL Y PERSONAL DEL RETRACTO DE TANTEO Y OPCION .....	65
2. ORIGEN LEGAL Y VOLUNTARIO .....	67
A) Postura tradicional. ....	67



B) Tanteo convencional. ....	69
C) Retracto voluntario. ....	74
D) Opción legal. ....	77
E) Retroventa legal. ....	79
3. CONCEPTO DE OPCION. CARACTER REAL (ARTICULO 14 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO) ....	81
4. CONCEPTO DE TANTEO ....	90
A) En general. ....	90
B) Conversión del derecho de tanteo en derecho de retracto en función del momento de ejercicio. ....	92
C) Configuración de tanteo y retracto como un sólo derecho. ....	94
D) Supuestos de tanteo legal. ....	99
5. CONCEPTO DE RETRACTO ....	101

A) En general. ....	101
B) Derecho real o límite de la propiedad. ....	104
C) Efectos del ejercicio del retracto legal: resolución/ subrogación. ....	107
D) Enumeración de las clases de retracto legal.	111
E) Retracto de créditos litigiosos .....	116
6. CONCLUSION .....	118
III.- DERECHO HISTORICO Y DERECHO COMPARADO .....	120
1. DERECHO ROMANO .....	120
2. DERECHO GERMANICO .....	125
A) En general. ....	125
B) Tipos de derechos de preferencia. ....	127

3. CODIGO CIVIL FRANCES .....	130
4. CODIGO CIVIL ITALIANO .....	142
A) En general. ....	142
B) Derecho de retroventa. ....	143
C) Retractos legales. ....	147
D) Derecho de opción. ....	147
5. DERECHO ALEMAN .....	148
A) En general. ....	148
B) Vorkaufsrecht. ....	149
C) Widerkaufsrecht. ....	153
IV.- PRECEDENTES EN EL DERECHO ESPANOL .....	155

1. FUEROS MUNICIPALES .....	155
2. FUERO VIEJO DE CASTILLA .....	158
3. FUERO REAL .....	160
4. LEYES NUEVAS DE ALFONSO X EL SABIO .....	161
5. LEYES DE ESTILO .....	162
6. LAS PARTIDAS .....	163
A) Retracto de comuneros. ....	163
B) Retracto convencional. ....	164
7. ORDENANZAS REALES DE CASTILLA .....	165
A) Ley Sexta. ....	166

B) Ley Séptima. ....	167
8. LEYES DE TORO .....	170
9. NOVISIMA RECOPIACION .....	170
10. PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1.851 .....	177
11. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1.855 .....	180
V.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION .....	181
1. EJERCICIO .....	181
A) Nacimiento derechos reales de adquisicion ..	182
B) Momento de actuación. ....	184
C) Enajenaciones que permiten su ejercicio.....	189

2. CADUCIDAD DE LOS DERECHOS DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL .....	198
A) En general. ....	198
B) Caracteres de caducidad o prescripción. ....	199
C) Dies a quo. ....	200
D) Cómputo del plazo de caducidad. ....	212
3. CONCURRENCIA .....	216
A) Tipos de concurrencia. ....	216
B) Posturas mantenidas ante la colisión de derechos reales de adquisición de distinto fundamento.	223
4. CAUSAS DE EXTINCION .....	229
NOTAS A LA INTRODUCCION .....	243

## CAPITULO PRIMERO

### CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y DEL RETRACTO VOLUNTARIO

SUMARIO ..... 265

PRIMERA PARTE. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO  
CONVENCIONAL. .... 268

I.- INTRODUCCION ..... 268

II.- REFERENCIA A LA CATEGORIA DE DERECHOS REALES DE  
ADQUISICION ..... 271

III.- POSTURAS ANTE EL CONCEPTO DE RETRACTO CONVENCIONAL. 272

1. CONDICION RESOLUTORIA ..... 273

2. NO ES DERECHO REAL DE ADQUISICION, PERO SI DE OTRA ESPECIE .....	275
3. DERECHO REAL DE ADQUISICION .....	277
IV.- CARACTERIZACION COMO DERECHO DE OPCION .....	279
1. DERECHO REAL DE OPCION .....	279
2. CARACTERIZACION DEL DERECHO DE RETRACTO COMO DERECHO DE OPCION .....	285
SEGUNDA PARTE. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL RETRACTO VOLUNTARIO.....	289
I.- EXISTENCIA DEL RETRACTO VOLUNTARIO. ERROR TERMINOLOGICO .....	289



II.- CONCEPTO .....	294
TERCERA PARTE. DIFERENCIAS ENTRE UNO Y OTRO Y CARACTERES DE AMBOS.....	301
I.- EN GENERAL .....	302
II.- DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL RETRACTO CONVENCIONAL Y EL VOLUNTARIO. ....	307
III.- CARACTERES COMO DERECHOS REALES. ....	311
1. COMO DERECHOS REALES .....	311
2. COMO DERECHOS REALES DE ADQUISICION .....	313
IV.- CONFIGURACION PERSONAL DE ESTOS DERECHOS .....	314
NOTAS AL CAPITULO PRIMERO .....	321

## CAPITULO SEGUNDO

### ANTECEDENTES DEL RETRACTO CONVENCIONAL

SUMARIO .....	328
I.- REFERENCIA AL RETRACTO VOLUNTARIO .....	329
II.- LEVITICO .....	330
III.- DERECHO ROMANO .....	332
IV.- LAS PARTIDAS .....	340
V.- PROYECTO DE 1.851 .....	344
NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO .....	349

### CAPITULO TERCERO

#### CONSTITUCION DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y DEL RETRACTO VOLUNTARIO

SUMARIO ..... 353

I.- REMISION AL APARTADO 6 DEL CAPITULO II DE LA INTRODUCCION  
Y AL APARTADO IV DE LA PRIMERA PARTE DEL CAPITULO  
PRIMERO ..... 355

II.- CONSTITUCION DEL DERECHO DE OPCION ..... 359

1. EN GENERAL ..... 359

2. POSTURAS MANTENIDAS ..... 361

A) Defensora de su creación por pacto ..... 361

B) Partidaria de su carácter de contrato principal  
e independientes ..... 365

C) Defensora creación mediante precontrato .....	368
3. CONSTRUCCIONES TEORICAS DEL PRECONTRATO .....	369
4. CREACION MEDIANTE PRECONTRATO DEL DERECHO DE OPCION .....	377
III.- CONSTITUCION DEL RETRACTO CONVENCIONAL .....	386
1. PACTO DE CARACTER RESOLUTORIO .....	387
A) Doctrina .....	388
B) Jurisprudencia .....	393
C) Oposición condición resolutoria .....	395
2. PACTO DE CARACTER SUSPENSIVO .....	400
3. DERECHO DE OPCION CREADO POR PRECONTRATO .....	401

IV.- CONSTITUCION DEL RETRACTO VOLUNTARIO ..... 409

NOTAS AL CAPITULO TERCERO ..... 415

#### CAPITULO CUARTO

SU UTILIZACION COMO GARANTIA DE UN PRESTAMO

SUMARIO ..... 423

I.- EN GENERAL ..... 426

II.- MOTIVOS ..... 428

III.- CARACTERIZACION ..... 437

1. INTRODUCCION .....	437
A) Simulación .....	438
B) Negocio fraudulento .....	441
C) Negocio indirecto .....	442
D) Negocio fiduciario .....	443
2. CARACTERIZACION DOCTRINAL .....	448
3. CARACTERIZACION JURISPRUDENCIAL .....	451
A) Negocio fiduciario .....	452
B) Negocio válido como tal compraventa con pacto de retro .....	456
C) Negocio simulado .....	458
IV.- CON FINES DE USURA .....	460

1. INTRODUCCION. REQUISITOS .....	461
2. JURISPRUDENCIA .....	464
A) Concurrencia requisitos de la Ley de Represión de la Usura .....	464
B) Libre apreciación de los Tribunales .....	469
3. DOCTRINA .....	461
NOTAS AL CAPITULO CUARTO .....	475
CAPITULO QUINTO	
SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO CONVENCIONAL Y EN EL RETRACTO VOLUNTARIO	

SUMARIO .....	481
PRIMERA PARTE. SUJETOS DEL RETRACTO CONVENCIONAL .....	487
I.- REFERENCIA A LOS SUJETOS EN LOS DERECHOS REALES .....	487
II.- SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO CONVENCIONAL..	490
1. SUJETO ACTIVO .....	490
A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada .....	492
B) Capacidad de obrar complementada .....	494
C) Falta de capacidad de obrar .....	496
2. SUJETO PASIVO ESPECIAL .....	497
III.- SUJETO ACTIVO O RETRAYENTE .....	501



1. SUPUESTO HABITUAL .....	501
2. ACREEDORES .....	502
A) Artículo 1.512 del Código Civil .....	502
B) Artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria .....	508
3. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS .....	509
A) Venta conjunta artículos 1.514 y 1.515 del Código Civil .....	510
B) Vendedor único al que suceden varios herederos (artículo 1.514.2 del Código Civil) .....	514
C) Venta separada (artículo 1.516 del Código Civil) .....	516
IV.- SUJETO PASIVO .....	519

1. SUPUESTO HABITUAL .....	519
2. TERCEROS ADQUIRENTES (ARTICULO 1.510 DEL CODIGO CIVIL) .....	520
A) Bienes inmuebles .....	520
B) Bienes muebles .....	524
3. ARTICULO 1.513 DEL CODIGO CIVIL .....	525
4. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS (ARTICULO 1.517 DEL CODIGO CIVIL) .....	526
SEGUNDA PARTE. SUJETOS DEL RETRACTO VOLUNTARIO .....	531
I.- INTRODUCCION .....	531
II.- CAPACIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL RETRACTO VOLUNTARIO .....	532

1. SUJETO ACTIVO .....	533
A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada .....	534
B) Capacidad de obrar complementada .....	535
C) Falta de capacidad de obrar .....	536
2. OFERENTE EN PRECONTRATO DEL DERECHO DE RETRACTO. ....	537
A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada .....	538
B) Capacidad de obrar complementada .....	538
C) Falta de capacidad de obrar .....	539
3. TERCER ADQUIRENTE Y SUJETO PASIVO ESPECIAL .....	539
A) Capacidad de obrar plena y capacidad de obrar limitada .....	541
B) Capacidad de obrar complementada .....	541

C) Falta de capacidad de obrar .....	542
III.- SUJETO ACTIVO DEL RETRACTO VOLUNTARIO .....	544
1. SUPUESTO HABITUAL .....	544
2. ACREEDORES .....	545
3. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS .....	546
A) Intervención conjunta en el precontrato ....	546
B) Sucesión a título universal o particular ...	547
IV.- PARTE OFERENTE DEL RETRACTO VOLUNTARIO EN EL PRECONTRATO .....	548
1. SUPUESTO HABITUAL .....	548
2. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS .....	549

V.- SUJETO PASIVO .....	550
1. SUPUESTO HABITUAL .....	550
2. PLURALIDAD DE SUJETOS .....	550
NOTAS AL CAPITULO QUINTO .....	551
CAPITULO SEXTO	
OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL Y DEL RETRACTO VOLUNTARIO	
SUMARIO .....	555
PRIMERA PARTE. OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL .....	559

I.- EN GENERAL .....	559
II.- CARACTERES DEL OBJETO EN EL RETRACTO CONVENCIONAL ..	561
1. CARACTERES PARTIENDO DE LA ADQUISICION QUE SUPONE EL RETRACTO CONVENCIONAL .....	561
2. CARACTERES PARTIENDO DE LA NECESARIA COEXISTENCIA DE UNA COMPRAVENTA .....	563
3. CARACTERES PARTIENDO DE LA FINALIDAD DEL RETRACTO CONVENCIONAL .....	564
4. MUEBLE O INMUEBLE .....	565
A) Regulación del Código Civil .....	565
B) Artículo 464 del Código civil .....	568
C) Diferencias entre una compraventa con pacto de retro sobre bienes muebles y una compraventa con pacto de retro sobre bienes inmuebles .....	577

III.- SUPESTOS EN LOS QUE EL OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL DIFIERE ENTRE EL MOMENTO DE CRECION DE ESTE Y EL MOMENTO DE SU EJERCICIO .....	579
1. ARTICULO 1.513 DEL CODIGO CIVIL .....	579
2. ACCESION .....	582
A) Accesión de inmueble a inmueble .....	583
B) Accesión de mueble a inmueble .....	585
C) Accesión de mueble a mueble .....	590
3. TESORO OCULTO .....	594
SEGUNDA PARTE. OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO .....	596
I.- CARACTERES DEL OBJETO EN EL RETRACTO VOLUNTARIO .....	596

1. RES IN COMMERCIO .....	597
2. BIEN PATRIMONIAL .....	597
3. SAGRADAS O NO .....	597
4. CORPORAL O INCORPORAL .....	597
5. NO CONSUMIBLE O DE UTILIDAD REITERADA .....	597
6. NO FUNGIBLE .....	598
7. DIVISIBLE O NO DIVISIBLE .....	599
8. NO HA DE PERTENECER AL PROPIETARIO .....	599
9. MUEBLE O INMUEBLE .....	600



II.- SUPUESTOS EN LOS QUE EL OBJETO QUE SE TRANSMITE A UN  
TERCERO DIFIERE DEL OBJETO DEL RETRACTO VOLUNTARIO . 603

NOTAS AL CAPITULO SEXTO ..... 606

## CAPITULO SEPTIMO

EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE RETRACTO CONVENCIONAL Y DE  
RETRACTO VOLUNTARIO

SUMARIO ..... 610

PRIMERA PARTE. EJERCICIO DEL RETRACTO CONVENCIONAL ..... 617

I.- SITUACION PREVIA AL EJERCICIO ..... 617

1. EN GENERAL ..... 617

2. SITUACION DEL COMPRADOR.....	618
3. SITUACION DEL VENDEDOR .....	623
II.- PLAZO DEL EJERCICIO .....	626
1. EN GENERAL .....	626
2. EXISTENCIA DE DOS PLAZOS DIFERENTES. PRORROGA ...	631
3. DIES A QUO Y DIES AD QUEM .....	637
III.- FORMA .....	640
IV.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL RETRAYENTE .....	646
1. INTRODUCCION .....	646

2. OBLIGACIONES DEL RETRAYENTE .....	647
A) Regulación del Código Civil .....	647
B) Precio .....	649
C) Gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta .....	654
D) Gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida .....	660
E) Lo demás que se hubiere pactado .....	670
F) Otros abonos .....	672
V.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL RETRAIDO .....	672
1. EN GENERAL .....	672
2. OBJETO DE LA ENTREGA .....	673
3. PERDIDA O DETERIORO DEL OBJETO DEL RETRACTO CONVENCIONAL .....	675

4. LIBRE DE CARGAS E HIPOTECAS .....	678
5. ENTREGA DE LA COSA .....	686
VI.- FRUTOS .....	688
VII.- CONCURRENCIA .....	696
1. EN GENERAL .....	696
2. CONCURRENCIA DE DERECHOS DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL CON DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN NEGOCIAL .....	697
3. CONCURRENCIA ENTRE DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN VOLUNTARIO .....	705
VIII.- EXTINCION .....	707

1. CAUSAS DE EXTINCION .....	707
A) Destrucción y salida del comercio de la cosa	707
B) Ineficacia del acto constitutivo .....	707
C) Consolidación .....	709
D) Renuncia .....	710
E) Caducidad .....	712
F) Ejercicio derecho de adquisición preferente	713
G) Otras causas establecidas por las partes ...	714
H) Ejercicio del derecho .....	714
2. CANCELACION DEL RETRACTO CONVENCIONAL, EN SU CASO, EN EL REGISTRO DE LA PORPIEDAD .....	714
SEGUNDA PARTE. EJERCICIO DEL RETRACTO VOLUNTARIO .....	718

I.- EN GENERAL .....	718
II.- PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO .....	719
1. SUBJETIVOS .....	719
2. OBJETIVOS .....	721
III.- EJERCICIO .....	721
1. REGULACION POR LAS PARTES .....	721
2. APLICACION ANALOGICA DE LA REGULACION DEL RETRACTO LEGAL .....	723
A) Plazo de duración y número de transmisiones.	723
B) Transmisiones que dan lugar a su ejercicio .	723
C) Tanteo .....	724

D) Plazo para el ejercicio del retracto .....	725
E) Forma .....	726
F) Obligaciones del retrayente .....	727
G) Obligaciones del retraído .....	728
H) Causas de extinción .....	728
I) Limitación a enajenar lo adquirido .....	730
IV.- RESOLUCION/ NUEVA TRANSMISION/ SUBROGACION .....	730
NOTAS AL CAPITULO SEPTIMO .....	734

## CAPITULO OCTAVO

LOS RETRACTOS CONVENCIONAL Y VOLUNTARIO EN LAS COMPILACIONES FORALES.

SUMARIO .....	746
PRIMERA PARTE. EL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR EN LA COMPILACION DE DERECHO CIVIL DE CATALUNA .....	754
I.- EN GENERAL .....	754
II.- ORIGEN Y NATURALEZA JURIDICA DE LA CARTA DE GRACIA..	758
III.- VARIEDADES DE LA CARTA DE GRACIA .....	764
IV.- SUJETO ACTIVO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR .....	768
1. EN GENERAL .....	768
2. CAPACIDAD .....	769
A) Capacidad de obrar plena .....	770
B) Capacidad de obrar complementada .....	770



C) Falta de capacidad de obrar .....	771
3. SUPUESTO HABITUAL .....	771
4. EJERCICIO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR POR LOS ACREEDORES .....	771
5. PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS .....	772
V.- SUJETO PASIVO ESPECIAL .....	773
1. CAPACIDAD .....	773
2. SUPUESTO HABITUAL .....	774
3. PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS .....	774
VI.- OBJETO .....	775

1. COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR .....	775
2. SUPUESTOS EN LOS QUE EL OBJETO QUE SE RECUPERA NO ES IDENTICO AL QUE SE VENDIO .....	777
A) Disminución del valor .....	778
B) Aumento del valor .....	779
VII.- EJERCICIO DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR .....	779
1. SITUACION PREVIA .....	780
A) Comprador .....	780
B) Vendedor .....	781
2. PLAZO DE EJERCICIO .....	782
A) Duración .....	782
B) Dies a quo .....	786

3. FORMA .....	787
4. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR O QUIEN SEA TITULAR DEL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR .....	788
A) Pago u ofrecimiento de las cantidades establecidas en el artículo 327 .....	788
B) Importes a abonar .....	789
5. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO DE LA COSA GRAVADA CON EL DERECHO DE LLUIR Y QUITAR .....	797
SEGUNDA PARTE. EL RETRACTO CONVENCIONAL Y EL VOLUNTARIO EN LA COMPILACION DE NAVARRA .....	800
I.- EN GENERAL .....	800
II.- DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN LEGAL .....	803

1. CONCEPTO Y CLASES .....	803
2. TIPOS .....	805
III.- DERECHOS REALES DE ADQUISICION DE ORIGEN NEGOCIAL..	807
1. EN GENERAL .....	807
2. DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO VOLUNTARIO .....	808
A) Constitución .....	808
B) Objeto .....	809
C) Requisitos formales .....	809
D) Transmisión .....	809
E) Plazo .....	810
F) Ejercicio .....	810
3. DERECHO DE OPCION .....	812

IV.- DERECHO DERIVADO DE LA VENTA A RETRO .....	816
1. EN GENERAL .....	816
2. SUJETO ACTIVO .....	819
A) Capacidad .....	819
B) Supuesto habitual .....	821
C) Imposibilidad de ejercicio por parte de los Acreedores .....	822
D) Pluralidad de sujetos .....	822
E) Usufructuario .....	823
3. SUJETO PASIVO ESPECIAL .....	824
A) Capacidad .....	824
B) Supuesto habitual .....	825

C) Pluralidad de sujetos .....	825
4. OBJETO .....	825
5. EJERCICIO .....	826
A) Situación previa al ejercicio .....	826
B) Plazo de ejercicio .....	827
C) Forma .....	828
D) Obligaciones de quien sea titular del derecho de retracto .....	829
E) Obligaciones de quien sea propietario de la cosa cuando se ejercite el retracto .....	830
F) Frutos .....	831
V.- DE LA VENTA CON PACTO DE RETRO COMO GARANTIA .....	832
TERCERA PARTE. EL DERECHO DE ADQUISICION EN OTRAS COMPILACIONES. ....	839

NOTAS AL CAPITULO OCTAVO .....	843
CONCLUSIONES BASICAS .....	849
OTRAS CONCLUSIONES .....	856
BIBLIOGRAFIA .....	869